DIE VERMÖGENSVERFÜGUNG BEI PERSONENVERSCHIEDENHEIT DES GETÄUSCHTEN UND GESCHÄDIGTEN (§ 263 StGB)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Dierk Hartmann

aus Recklinghausen

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0007

DIE VERMÖGENSVERFÜGUNG BEI PERSONENVERSCHIEDENHEIT DES GETÄUSCHTEN UND GESCHÄDIGTEN (§ 263 StGB)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Dierk Hartmann
aus Recklinghausen
1972

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. J. Wessels

Erstberichterstatter: Professor Dr. Th. Lenckner

Zweitberichterstatter: Professor Dr. W. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Dezember 1972

MEINER MUTTER

UND ZUR ERINNERUNG AN MEINEN VATER

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
EINLEITUNG	
I. DIE VORAUSSETZUNGEN DES THEMAS	1
1. Die Vermögensverfügung	1
2. Die Personenverschiedenheit von Getäuschtem und Geschädigtem	3
II. DIE PROBLEMSTELLUNG	5
Die Dreiecksproblematik	
III. DIE PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER ARBEIT	7
HAUPTTEIL	
A. DER MEINUNGSSTAND	9
I. DIE RECHTSPRECHUNG	9
1. Das Reichsgericht	9
2. Der Bundesgerichtshof	18
3. Die Oberlandesgerichte	21
II. DIE LITERATUR	24
1. Literatur vor 1941	24
2. SCHRÖDER	26
3. OTTO	29
4. SCHÜNEMANN und ROXIN	30
5. LENCKNER, WEDEKIND und GRIBBOHM	32

Seite

6. DREHER 34

7. WELZEL, LEIBROCK und MAURACH 35

B. DER EIGENE LÖSUNGSVORSCHLAG 36

I. DIE PERSONENVERSCHIEDENHEIT UND IHRE AUSWIRKUNG AUF DIE STELLUNG ALS BETROGENER 36

1. Die Personenverschiedenheit 36

2. Der Betrogene 38

II. DER LÖSUNGSWEG 43

III. DIE BETRUGSTYPIK 43

1. Die Erfolgstypik 44

2. Die Tätertypik 45

3. Die Handlungstypik 48

a) Der Identitätsbetrug 48

b) Der Dreiecksbetrug 51

IV. SACHBETRUG: LÖSUNGSVORSCHLAG IN DEN GRUNDZÜGEN 53

1. Die Beziehungen zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten im Hinblick auf das Handlungsobjekt (Sache) 53

a) Die Stellvertretung in zivilrechtlicher Sicht 53

b) Die strafrechtlichen Konsequenzen aus den Vertreter-Fällen 56

aa) Die objektiven Merkmale 56

bb) Die subjektiven Merkmale 57

cc) Zusammenfassung und Einführung des Begriffs "Repräsentant" 59

2. Der sogenannte Prozeßbetrug 60

Seite

V. SACHBETRUG: DETAILLIERTER LÖSUNGSVORSCHLAG 65

1. Weiterentwicklung des Vertreter-Falls 66

a) Die Repräsentantenstellung 66

aa) Beim Vorliegen eines objektiven und subjektiven Zuordnungsmerkmals 66

bb) Beim Vorliegen lediglich eines subjektiven Zuordnungsmerkmals 68

aaa) Die irrtümliche Annahme einer Vertretungsmacht 68

bbb) Das bewußte Fehlen der Vertretungsmacht 74

cc) Beim Vorliegen lediglich eines objektiven Zuordnungsmerkmals 77

b) Zusammenfassung 78

2. Der Einfluß der Täuschung auf die Repräsentantenstellung 78

VI. DER LÖSUNGSVORSCHLAG BEIM NICHT-SACHBETRUG 80

1. Allgemeine Überlegungen zur Übernahme der Sachbetrugslösung 81

2. Die Anwendung der Sachbetrugslösung auf Fälle mit unkörperlichen Handlungsobjekten 82

VII. AUSDRÜCKLICHE KRITIK DER ANDEREN MEINUNGEN 87

1. Die herrschende Meinung 87

a) Keine einheitliche Lösung für Sach- und Nicht-Sachbetrugsfälle 88

b) Der falsche Lösungsansatz der h.M. 88

c) Spezielle Kritik an SCHRÖDERs Auffassung der Idealkonkurrenz von Dreiecksbetrug mit objekts- und handlungsidentischem Diebstahl 90

2. LENCKNER, WEDEKIND und GRIBBOHM 92

Seite

3. DREHER 93

4. OTTO 94

5. SCHÜNEMANN und ROXIN 95

VIII. ANWENDUNG UND ÜBERPRÜFUNG DER VORGESCHLAGENEN LÖSUNG 95

1. Sachbetrug 95

2. Nicht-Sachbetrug 102

3. Tauglichkeit des Lösungsvorschlags 107

ZUSAMMENFASSUNG 107

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

(Zur Zitierweise: Die Werke werden - soweit im nachstehenden Verzeichnis oder an den Zitatstellen nichts weiteres angegeben ist - nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.)

v. BAR, L.	Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbillets GS Bd. 40, 481
BAUMANN, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil 5. Aufl., Bielefeld 1968
BELING, Ernst	Grundzüge des Strafrechts 11. Aufl., Tübingen 1930
BERNER, Albert Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 18. Aufl., Leipzig 1898
BINDING, Karl	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band 2. Aufl., Leipzig 1902 (zit.: BINDING, Lb.)
BITTNER, Wolfgang	Die Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Unterschlagung MDR 1970, 291
BLEI, Hermann	Prüfe Dein Wissen Siehe "SCHÖNFELDER-BLEI"
BOCKELMANN, Paul	Der Unrechtsgehalt des Betruges In: Probleme der Strafrechtserneuerung Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht Berlin 1944 S. 226 (zit.: BOCKELMANN, Kohlrausch-Festschrift
-	Strafrechtliche Untersuchungen Göttingen 1957 (zit.: BOCKELMANN, Untersuchungen)
-	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 8. Band, Besonderer Teil

76. - 90. Sitzung
Bonn 1959
(zit.: BOCKELMANN, Nieders.)

BORST, Kurt — Der zukünftige Betrugsbegriff
JW 1935, 1221

BRAUNSDORF, Erwin — Der Getäuschte und Geschädigte beim Betruge
Diss. Breslau 1929

BRUNS, Hans-Jürgen — Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken
Berlin 1938

CHAUVEAU, Adolphe
- HELIE, Faustin — Théorie du Code Pénal, Tome cinquième Sixième Edition
Paris 1887

v. CLERIC, G. F. — Betrug verübt durch Schweigen
Zürich 1918

CORDIER, Franz — Diebstahl oder Betrug in Selbstbedienungsläden
NJW 1961, 1340

CRAMER, Peter — Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968

- — "Grenzen des Vermögensschutzes im Strafrecht - OLG Hamburg, NJW 1966, 1525"
JuS 1966, 472

- — Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes
JZ 1971, 415

DALCKE, A
- FUHRMANN, Ernst
- SCHÄFER, Karl — Strafrecht und Strafverfahren
37. Aufl., Berlin 1961

DREHER, Eduard — Strafgesetzbuch
32. Aufl., München 1970

-	Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 14. 7. 1965 - 1 Ss 360/65 JR 1966, 29
-	Das Strafrecht hat seine eigene Methode GA 1969, 56
ECKSTEIN, Ernst	Die unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände GA, Band 59 (1912), 414
ELLSCHEID, G.	Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug GA 1971, 161
ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Aufl. Erster Halbband, Tübingen 1959 Zweiter Halbband, Tübingen 1960
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches Bundestagsvorlage
ERMAN, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Walter ERMAN-Harm Peter WESTERMANN bearbeitet u.a. von Aloys BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Harm Peter und Harry WESTERMANN 1. Band 5. Aufl., Münster 1972
FEY, Helmut	Die Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung der §§ 242, 249, 253, 255, 263 des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 Ein Abgrenzungsversuch Diss. München 1952
FLUME, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Band, Das Rechtsgeschäft Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Berlin, Heidelberg, New York 1965

FOTH, Heinrich	Betrug und illegales Rechtsgeschäft GA 1966, 33
FRANK, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Aufl., Tübingen 1931
FRANZHEIM, Horst	Zur Strafbarkeit des Komplicen- und Dirnenlohnbetruges Ein Beitrag zum Begriff des Vermögensschadens GA 1966, 269
FREISLER, Roland	Ein Reich - ein Recht DJ 1941, 478
GALLAS, Wilhelm	Der Betrug als Vermögensdelikt In: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag Göttingen 1961 (zit.: GALLAS, Eb.-Schmidt-Festschrift)
-	Zur Frage nach dem Verletzten beim Betrugsdelikt ZdAkDR 1940, 246
GERLAND, Heinrich B.	Deutsches Reichsstrafrecht 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
GERMANN, O. A.	Schweizerisches Strafgesetzbuch 8. Aufl., Zürich 1966
GÖSSEL, Karl Heinz	Vom Scheckbetrug zum Scheckkartenbetrug? MDR 1973, 177
GÖTZ, Albrecht - GÖHLER, Erich	Der Code pénal Textausgabe mit Übersetzung Berlin 1963
GOLTDAMMER, Theodor	Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten Theil II Berlin 1852 (zit.: GOLTD.-Mat.)

GRIBBOHM, Günter	Bettelei als Betrug, Zeitschriftenwerbung als Bettelei? MDR 1962, 950
-	Zur Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug - BGHSt. 18, 221 JuS 1964, 233
-	Gewahrsamsbruch und guter Glaube NJW 1967, 1897
-	Die rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen NJW 1968, 240
GROSS, Karl-Heinz	Betrug ohne Irrtum? Aus Anlaß der Scheckkartenentscheidung des Bundesgerichtshofes NJW 1973, 600
GRÜNHUT, Max	Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen In: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band V Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts Berlin 1929 S. 116 (zit.: GRÜNHUT, RG-Festgabe)
-	Besprechungen in JW 1926, 1197, JW 1927, 905, JW 1929, 1499, JW 1932, 2434
GUTMANN, Alexander	Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung (I) MDR 1963, 3
HAACK, Fritz	Die sogenannte Vermögensdisposition beim Betruge Diss. Marburg 1928
HABEL, Hugo	Das Verhältnis des Betrugs zu Diebstahl und Unterschlagung Diss. Breslau 1913
HALSCHNER, Hugo	Das gemeine deutsche Strafrecht 2. Band, 1. Abtheilung Bonn 1884

HAFTER, Ernst	Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil, 1. Hälfte Berlin 1937
HARDWIG, Werner	Beiträge zur Lehre vom Betruge GA 1956, 6
HEGLER, August	Der Betrug Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts Besonderer Teil, VII, Band Berlin 1907 S. 405 (zit.: HEGLER, VDB VII)
-	Die Systematik der Vermögensdelikte Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bände IX und X Leipzig 1915 - 1917 Band IX: S. 153 - 162, 278 - 288, 369 - 392 Band X : S. 26 - 40, 151 - 160 (zit.: HEGLER, Archiv)
HERBERGER, Ortwin	Die Abgrenzung des Betrugs vom Diebstahl vermittels Täuschung eines Dritten auf Grund des begrifflichen Gegensatzes der Delikte und die sich daraus ergebenden Folgen für die Lehre vom Diebstahl Diss. Breslau 1917
HERZBERG, Rolf Dietrich	Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 55 Berlin 1967
v. HIPPEL, Robert	Lehrbuch des Strafrechts Berlin 1932
HIRSCHBERG, Rudolf	Der Vermögensbegriff im Strafrecht Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, VII Berlin 1934
HÖLZENBEIN, Hans-Dieter	Das Verhältnis der Unterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten unter Berücksichtigung des kommenden Rechts Diss. Mainz 1966

HOLTZENDORFF, Wilhelm	Die Vermögensdisposition als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Betruges. § 263 RStGB Diss. Marburg 1930
JACOBI, Rudolf	Die mittelbare Täterschaft als konstitutives Tatbestandselement bei den Vermögensbeschädigungsdelikten des Strafgesetzbuches und der Strafgesetzentwürfe Diss. Königsberg 1928
JECHT, Hans	"Überhöhte" Preisforderung und Betrugstatbestand GA 1963, 41
JESCHECK, Hans-Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil Berlin 1969
JOHANNES, Hartmut	Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeugs Ein Scheinproblem Frankfurt 1963
KEMPERMANN, Eugen	Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges ZStW 57, 126
KITZINGER, Friedrich	Juristische Aphorismen, insbesondere zum allgemeinen Recht und zum Strafrecht Berlin-Grunewald 1923
KNOBEN	Der Grundgedanke des Betrugstatbestandes Jena 1940 zitiert nach LEIBROCK
KÖSTLIN, C. Reinhold	Abhandlungen aus dem Strafrechte Tübingen 1858
KOHLRAUSCH, Eduard	Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und Gesetzgebung In: Festschrift für Franz Schlegelberger zum 60. Geburtstag Berlin 1936 S. 203
- LANGE, Richard	Strafgesetzbuch 43. Aufl., Berlin 1961 34. Aufl., Berlin 1938 (zit.: KOHLRAUSCH-LANGE, 34. Aufl.)

LACKNER, Karl - MAASSEN, Hermann	Strafgesetzbuch 7. Aufl., München 1972
LAMPE, Ernst-Joachim	Objektiver und subjektiver Tatbestand beim Diebstahl GA 1966, 225
LEIBROCK, Dieter	Die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl Diss. Saarbrücken 1968
LK	Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch Herausgegeben von Paulheinz BALDUS und Günther WILLMS 9. Aufl., Berlin 1970 (zit.: Bearbeiter, LK, 9. Aufl.) 8. Aufl., 1. Band, Berlin 1957 2. Band, Berlin 1958 (zit.: Bearbeiter, LK) 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1929 (zit.: Bearbeiter, LK, 4. Aufl.)
LENCKNER, Theodor	Der Prozeßbetrug Diss. Tübingen 1957 (zit.: LENCKNER, Diss.)
-	Anmerkung zu JZ 1966, 319, OLG Stuttgart, Urt. v. 14. 7. 1965 - 1 Ss 360/65 JZ 1966, 320
-	Zum Problem des Vermögensschadens (§§ 253, 263 StGB) beim Verlust nichtiger Forderungen JZ 1967, 105
-	Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensschaden bei Aufnahme eines Darlehens für einen bestimmten Verwendungszweck NJW 1971, 599
-	Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug JZ 1971, 320
LENT, Friedrich - JAUERNIG, Othmar	Zivilprozeßrecht 15. Aufl., München 1970

LIEBRECHT, Kurt	Die Zulässigkeit der Verschiedenheit der getäuschten und geschädigten Personen beim Betrug (§ 263 StGB) und die Abgrenzung des Betruges vom Diebstahl in mittelbarer Täterschaft (§ 242 StGB) Diss. Breslau 1922
LIETZMANN, Kurt	Das Verhältnis des Betruges zu den Aneignungsdelikten der §§ 242, 246 Diss. Köln 1930
v. LISZT, Franz - SCHMIDT, Eberhard	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927
LUDOLPH, Hans	Diebstahl und Betrug Diss. Leipzig 1923
MAURACH, Reinhart	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil 3. Aufl., Karlsruhe 1965 (zit.: MAURACH, AT)
-	Besonderer Teil 5. Aufl., Karlsruhe 1969 (zit.: MAURACH, BT)
-	Fälle und Lösungen zum Strafrecht Karlsruhe 1968 (zit.: MAURACH, FuL)
-	Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda In: Materialien zur Strafrechtsreform 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehrer Bonn 1954 S. 249 (zit.: MAURACH, Materialien)
MAYER, Hellmuth	Strafrecht Allgemeiner Teil Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
MEISTER, Hans-Georg	Ein Beitrag zur Abgrenzung der Vermögensdelikte MDR 1947, 251

MERKEL, Adolf	Betrug In: Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen 3. Band, Berlin 1874, S. 750 4. Band, Berlin 1877, S. 432 (zit.: MERKEL, HH)
-	Kriminalistische Abhandlungen II. Teil Die Lehre vom strafbaren Betruge Leipzig 1867 (zit.: MERKEL, Abh.)
METZ, Herbert	Abgrenzung und Verhältnis der Unterschlagung zu Betrug und Diebstahl Diss. Köln 1961
MEYER, Hugo - ALLFELD, Philipp	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922
MEZGER, Edmund	Strafrecht Besonderer Teil 2. Aufl., München und Berlin 1951
- BLEI, Hermann	Strafrecht Allgemeiner Teil 13. Aufl., München 1968 (zit.: MEZGER-BLEI, AT)
-	Besonderer Teil 9. Aufl., München und Berlin 1966 (zit.: MEZGER-BLEI, BT)
MOHRBOTTER, Kurt	Die Stoffgleichheit beim Betrug Diss. Göttingen 1966
-	Der Bettel-, Spenden- und Subventionserschleichungsbetrug Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff GA 1969, 225
MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft Tübingen 1955
NAGLER, Johannes	Bezugscheine als Objekte von Vermögensverbrechen ZAkDR 1941, 294

NAUCKE, Wolfgang	Zur Lehre vom strafbaren Betruge Berlin 1964
NEBELUNG, Dietrich	Das Zusammentreffen zwischen Betrug einerseits und Diebstahl, Unterschlagung und Erpressung andererseits Diss. Berlin 1952
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 8. Band, Besonderer Teil 76. - 90. Sitzung Bonn 1959
NITSCHKE, Günther	Die Systematik der Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung von Diebstahl und Betrug Diss. Erlangen 1934
OLLMANN, Rainer	Zur Problematik des Betruges um Erwerbschancen Diss. Hamburg 1969
v. OLSHAUSEN, Justus	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band 2. Aufl., Berlin 1886 (zit.: v. OLSHAUSEN, 2. Aufl.) 11. Aufl., Berlin 1927 (zit.: v. OLSHAUSEN- (Bearbeiter))
OPPENHEIM, L.	Die Objekte des Verbrechens Basel 1894
OPPENHOFF, Friedrich	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 12. Aufl., Berlin 1891
-	3. Aufl., Berlin 1873 (zit.: OPPENHOFF, 3. Aufl.)
OTTO, Harro	Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung ZStW 79, 59
PALANDT, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch Bearbeitet u.a. von Bernhard DANCKELMANN, Helmut HEINRICHS, Heinz THOMAS 32. Aufl., München 1973 (zit.: PALANDT- (Bearbeiter))

PAULUS, Rainer — Der strafrechtliche Begriff der Sachzueignung
Neuwied und Berlin 1968

PETTERS, Walter
- PREISENDANZ, Holger — Strafgesetzbuch
26. Aufl., Berlin 1970

PFEIFFER, Gerd
- MAUL, Heinrich
- SCHULTE, Benno — Strafgesetzbuch
Kommentar an Hand der Rechtsprechung des BGH
Essen 1969

POLIT, Manfred — Die Abgrenzung zwischen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Betrug
Diss. Breslau 1929

PRÖLL, Rudolf — Bettelbetrug und verwandte Fälle
GA, Band 63 (1917), 411

RIMPAU, Dietrich — Über die Strafbarkeit des Betruges nach geltendem Rechte beim Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten
Diss. Tübingen 1892

ROMMEL, Otto — Der Betrug
Leipzig 1894

ROSNER, Friedrich — Inwieweit ist beim strafbaren Betruge Nichtidentität zwischen der getäuschten und geschädigten Person zulässig?
Diss. Breslau 1922

ROXIN, Claus — Täterschaft und Tatherrschaft
2. Aufl., Hamburg 1967
(zit.: ROXIN, Täterschaft)

- — Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten
In: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft
Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1.Mai 1965
S. 466
(zit.: ROXIN, Mayer-Festschrift)

- — Prüfe Dein Wissen
Strafprozeßrecht
4. Aufl., München 1970
(zit.: ROXIN, PDW)

- SCHÜNEMANN, Bernd	Der praktische Fall, Strafrecht Der falsche Kommilitone JuS 1969, 372
RUPPRECHT, Walter	Der Begriff der Vermögensdisposition beim Betrug Diss. München 1955
SAUER, Wilhelm	System des Strafrechts Besonderer Teil Köln und Berlin 1954
SCHINDLER, Georg	Der strafbare Betrug im Sinne des § 263 St. G. B. bei mangelnder Identität der getäuschten und der geschädigten Person Diss. Breslau 1929
SCHMITT, Otto Helmut	Die Vermögensverfügung beim Betrug Diss. München 1950
SCHOBER, Karl	Die Vermögensdisposition des Getäuschten beim Betrug Diss. Greifswald 1914
SCHÖNFELD, Friedrich	Interessenverletzung und Betrugsschaden JZ 1964, 206
SCHÖNFELDER, Heinrich - BLEI, Hermann	Prüfe Dein Wissen Strafrecht, Besonderer Teil/1 5. Aufl., München 1970
SCHÖNKE, Adolf - BAUR, Fritz	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Karlsruhe 1969
SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst	Strafgesetzbuch 16. Aufl., München 1972 7. Aufl., München und Berlin 1954 (zit.: SCHÖNKE-SCHRÖDER, 7. Aufl.)
SCHRAFT, Hans	Die Vermögensverfügung des Getäuschten als Tatbestandsmerkmal des Betrugs Diss. Freiburg i.Br. 1935
SCHRÖDER, Horst	Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung ZStW, 60, 33

SCHRÖDER, Horst	Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug NJW 1962, 721
-	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26. 7. 1972 JZ 1972, 707
SCHÜNEMANN, Bernd	Methodenprobleme bei der Abgrenzung von Betrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft GA 1969, 46
SCHÜTZ, Rudolf	Der Prozeßbetrug Diss. Rostock 1929
SCHÜTZE, Theodor R.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches Leipzig 1871
SEEBODE, M.	Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26. 7. 1972 JR 1973, 117
SOERGEL, Hs. Th. - SIEBERT, W.	Bürgerliches Gesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln Mainz 1967 Bearbeitet u.a. von J. MORMANN und H. SCHULTZE-v. LASAULX (zit.: SOERGEL- (Bearbeiter))
STAUDINGER	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band, Allgemeiner Teil Erläutert von Franz BRANDL und Helmut COING 11. Aufl., Berlin 1957 (zit.: STAUDINGER- (Bearbeiter))
TIEDEMANN, Klaus	Der praktische Fall, Strafrecht Der vertauschte Stier JuS 1967, 25
WACHENFELD, Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts München 1914
WEDEKIND, Dieter	Die Abgrenzung und das Verhältnis von Betrug und Unterschlagung Diss. Hamburg 1967

WEIMAR, Robert	Veräußerung von Sicherungsgut als Betrug zum Nachteil des Treunehmers MDR 1961, 24
WEINGART, Hans	Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl Diss. Erlangen 1951
WELZEL, Hans	Das Deutsche Strafrecht 11. Aufl., Berlin 1969
-	Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre SJZ 1947, Sp. 645
-	Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden GA 1960, 257
-	Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 10. 5. 1961 - 2 Ss 171/61 GA 1961, 350
WIDMAIER, Gunter	Der praktische Fall, Strafrecht Der mißverständliche Bestechungsversuch JuS 1970, 241
ZIMMERL, Leopold	Grundsätzliches zur Teilnahmelehre ZStW 49, 39

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abh.	Abhandlung
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
Archiv	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Band, Seite)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bem.	Bemerkung
Beschl.	Beschluß
BB	Betriebsberater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof bzw. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Band, Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (Jahr, Seite)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr, Spalte)
Einf.	Einführung
f., ff.	folgend, folgende
FuL	Fälle und Lösungen

GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer (bis 1953: Band, Seite; ab 1953: Jahr, Seite)
gem.	gemäß
GS	Der Gerichtssaal (Jahr, Seite)
HESt.	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (Band, Seite)
HH	Handbuch des deutschen Strafrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff
h.M.	Herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
JMBlNW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (Jahr, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Lb.	Lehrbuch
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
m.abl.Anm.	mit ablehnender Anmerkung
Mat.	Materialien
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)

m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N., Nr.	Nummer
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
o.a.Entschdg(n)	oben angegebene Entscheidung(en)
OLG	Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht, herausgegeben von Wolfgang Ullrich und Max Kohlhaas (§ ..., S. ...)
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht bzw. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Spalte)
Sp.	Spalte
u.	und
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom, von
Vorbem.	Vorbemerkung
VSs	Vereinigte Strafsenate
z.B.	zum Beispiel
Zd/kDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)

ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht (Band, Seite)
zit.	zitiert
z.N.	zum Nachteil
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Band, Seite)

E I N L E I T U N G

I. DIE VORAUSSETZUNGEN DES THEMAS

Das Thema der Arbeit geht von den zwei Voraussetzungen aus, daß die Erfüllung des Betrugstatbestandes eine "Vermögensverfügung" erfordert und daß "bei Personenverschiedenheit des Getäuschten und Geschädigten" eine Bestrafung wegen Betrugs nicht ausgeschlossen ist. Bevor in die Problematik des Themas eingeführt wird, soll die Richtigkeit der beiden Voraussetzungen nachgewiesen werden.

1. Die Vermögensverfügung

In § 263 [1] ist ein Tatbestandsmerkmal "Vermögensverfügung" nicht ausdrücklich erwähnt. Vielmehr heißt es:

"Wer ... das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er (durch Täuschung) ... einen Irrtum erregt oder unterhält, wird ... bestraft."

Nun ist der Irrtum allein - eine rein geistige, innere Vorstellung des Getäuschten - nicht geeignet, einen Schaden herbeizuführen. Wohl aber kann er eine Vermögensbeschädigung m i t t e l b a r bewirken, insofern nämlich der Getäuschte, durch den Irrtum motiviert, ein gewisses Verhalten einschlägt, das seinerseits einen Vermögensschaden zur Folge hat [2]. Es ist also das Entstehen eines Schadens nur denkbar, wenn als Bindeglied zwischen den Irrtum und den Schaden ein Verhalten des Getäuschten tritt. Dieses "ungeschriebene Tatbestandsmerkmal" [3] wird als Vermögensverfügung [4]

---

1) Paragraphenangaben ohne Nennung des Gesetzes sind solche des StGB.

2) FRANK, § 263 IV.

3) RG 47, 151 (152).

4) Rechtsprechung und Literatur verlangen nahezu einhellig eine Vermögensverfügung, vgl. die Übersicht bei HEGLER, VDB VII, S. 420 Fn. 1.
A.A. LUCAS, S. 335, unter Berufung auf den Wortlaut. L. räumt jedoch ein, daß der Getäuschte durch den Irrtum zu einer Handlung oder Unterlassung bestimmt werden muß. Das sei aber etwas anderes als eine "Vermögensdisposition".

bezeichnet [5].

In Abweichung von dem französischen Vorbild [6] hat der Gesetzgeber von 1871 bzw. 1851 [7] es nicht für notwendig - weil selbstverständlich [8] - erachtet, das Merkmal der Vermögensverfügung ausdrücklich in den Betrugstatbestand aufzunehmen. Demgegenüber verlangt der Entwurf 1962 in § 252 (Betrug) expressis verbis eine "Vermögensverfügung" [9]. Die amtliche Begründung sieht dies nicht als Änderung, sondern lediglich "als wesentliche Verdeutlichung des Tatbestandes" [10] an.

Unter Vermögensverfügung ist - entsprechend der Stellung als Bindeglied zwischen Irrtum und Schaden - jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen zu verstehen, das unmittelbar einen Vermögensschaden zur Folge hat [11]. Der Begriff der Vermö-

---

5) Im Zivilrecht wird der Begriff der "Verfügung" mit einem anderen Inhalt gebraucht, so daß zum Teil im Strafrecht die Formulierung "Vermögensdisposition" vorgezogen wird. Dies erscheint nicht erforderlich, wenn man sich über den unterschiedlichen Begriffsinhalt im Zivil- und im Strafrecht im Klaren ist; darüber hinaus ist der Begriff "Vermögensverfügung" in der strafrechtlichen Wissenschaft und Praxis weiter verbreitet. Der Verfasser verwendet beide Begriffe synonym nebeneinander.

6) Code pénal von 1810 verlangt in Art. 405 einen "Vermögensverschiebungsakt", vgl. CHAUVEAU-HELIE, S. 376 f.; GÖTZ-GÖHLER, S. 218 f.; HEGLER, VDB VII, S. 448 - 455.

7) HEGLER, VDB VII, S. 418, weist nach, daß der geltende Betrugstatbestand aus dem preuß. StGB von 1851 stammt; so auch RIMPAU, S. 56 und RG 16, 1 (2).

8) GOLTD.-Mat., S. 541, 547 machen deutlich, daß der preuß. Gesetzgeber von dem Erfordernis einer Vermögensverfügung ausgegangen ist.

9) "Wer durch Täuschung über Tatschen jemanden zu einer Vermögensverfügung bestimmt, ... wird .. bestraft."

10) E 1962, Begründung, S. 423 f.

11) Für andere: BGH 14, 170 (171); LACKNER-MAASSEN, § 263 Anm. 6 a; MAURACH, BT, S. 312; MEZGER-BLEI, BT, S. 189 f., PFEIFFER-MAUL-SCHULTE, § 263 Rdnr. 16; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 40; WELZEL, S. 371;
dagegen: NAUCKE, S. 114 f. u. 215.

gensverfügung ist somit abhängig von dem Vermögensbegriff. Ob der juristischen [12], der wirtschaftlichen [13] oder der juristisch-ökonomischen [14] Vermögenstheorie zu folgen ist, braucht bei der vorliegenden Themenstellung nicht entschieden zu werden. Der Verfasser gibt dem zuletzt genannten Vermögensbegriff den Vorzug.

2. Die Personenverschiedenheit von Getäuschtem und Geschädigtem

Einige der bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts erlassenen Partikularstrafgesetzbücher, so z.B. das württembergische von 1839 [15], das braunschweigische von 1840 [16], das hessische von 1841 [17] haben das Erfordernis der I d e n t i t ä t des Getäuschten [18] und des Geschädigten klar zum Aus-

---

12) Früher vertreten von BINDING, LB, S. 238, 341; MERKEL, Abh., S. 101, 103; GERLAND, S. 637; die Rspr. des RG ist nicht einheitlich, vgl. dazu JAGUSCH, LK, 8. Aufl., II 2 vor § 249.

13) Diese Theorie gilt als die h.M.:
RG 44, 230 (233); BGH in st. Rspr.: 1, 262 (264); 16, 220 (221); DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 263 Fn. 7 c; DREHER, § 263 Anm. 5 A; LACKNER-MAASSEN, § 263 Anm. 7 a; MAURACH, BT, S. 320; MOHRBOTTER, GA 1969, 225; MEZGER-BLEI, BT, S. 192; PETTERS-PREISENDANZ, § 263 V 1; PFEIFFER-MAUL-SCHULTE, § 263 Rdnr. 19; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 58.

14) Früher vertreten von:
RG 66, 281 (285); FRANK, § 263 V; R. HIRSCHBERG, S. 319 ff; NAGLER, ZAkDR 1941, 295;
Heute mit Abweichungen vertreten von:
CRAMER, S. 100, 106; FOTH, GA 1966, 40; FRANZHEIM, GA 1960, 277; GALLAS, Schmidt-Festschrift, S. 401, 409; GUTMANN, MDR 1963, 5; KOHLRAUSCH-LANGE, § 263 V 1; LENCKNER, JZ 1967, 107, siehe auch JZ 71, 322 ff.; NAUCKE, S. 215; SAUER, S. 85; WELZEL, S. 372;
Mit "personalem" Einschlag:
BOCKELMANN, Kohlrausch-Festschrift, S. 428 f. u. Untersuchungen, S. 238; HARDWIG, GA 1956, 17; OTTO, S. 69 f.

15) Art. 351
16) § 224
17) Art. 391
18) Täuschung ist eine häufig gebrauchte Abkürzung für die "Vorspiegelung falscher" und "Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen".

druck gebracht. Demgegenüber ist der Wortlaut des § 263 nicht eindeutig. Abgesehen davon, daß der Begriff der Vermögensverfügung - geschweige des Verfügenden - nicht erwähnt ist, ergibt sich unmittelbar aus der Fassung des § 263 [19] weder das Erfordernis der Identität noch die Möglichkeit der Personenverschiedenheit von Getäuschtem und Geschädigtem. Allerdings schließt der Wortlaut auch nicht aus, daß der Getäuschte und der Geschädigte verschiedene Personen sein können. Diesem Umstand kommt eine besondere Bedeutung zu: Der Betrugstatbestand ist in § 241 PreußStGB von 1851, der insoweit unverändert in § 263 übernommen worden ist [20], nämlich gerade deshalb so formuliert worden, um die Fälle der Personenverschiedenheit erfassen zu können [21]. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn [22] des Betruges. Betrugstypisch ist der Eintritt eines Vermögensschadens, der auf Grund eines Irrtums durch eine Disposition des Getäuschten über eigenes oder fremdes Vermögen, zu dem er in einer noch näher zu bestimmenden Beziehung steht, herbeigeführt wird; eine Täuschung des Geschädigten ist dafür nicht erforderlich. Es würde auch zu unbefriedigenden Konsequenzen [23] führen, wenn es dem Täter zugute käme, z.B. "nur" den Vertreter des Geschädigten getäuscht zu haben. Heute ist es daher zu Recht allgemein anerkannt [24], daß der getäuschte Verfü-

---

19) Demgegenüber § 252 E 1962:
"... Vermögensverfügung ..., die diesem o d e r e i n e m a n d e r e n (Sperrdruck vom Verf.) einen Vermögensnachteil zufügt ...".

20) Siehe oben Fn. 7 u. LIEBRECHT, S. 2 - 7, der auch auf die Möglichkeit der Personenverschiedenheit im PreußALR hinweist.

21) GOLTD.-Mat., S. 548 Anm. 8.

22) Siehe im einzelnen unten S. 43 ff.

23) RIMPAU, S. 17.

24) Ständige Rspr. des RG - 2, 436 (437) bis 73, 382 (384) - und des BGH, z.B. 18, 221 (223);
Siehe im übrigen unten S. 25, Fn. 41.
Demgegenüber verlangen Identität:
Vor 1871: Insbesondere KÖSTLIN, S. 154; TEMME, Lehre vom Betrug, 1841, S. 90, zit. nach RIMPAU, S.21;

gende [25] eine andere Person sein kann als der Geschädigte.

II. DIE PROBLEMSTELLUNG

Die allgemeine Übereinstimmung beschränkt sich jedoch darauf, daß der Betrugstatbestand auch bei Personenverschiedenheit von Getäuschtem und Verfügendem erfüllt sein k a n n . Streit besteht jedoch darüber, u n t e r w e l c h e n V o r a u s s e t z u n g e n - insbesondere in Abgrenzung zu den Zueignungsdelikten [26], vornehmlich Diebstahl - ein Dreiecksbbetrug anzunehmen ist. Diese Problematik zeigt sich in den folgenden drei Schulbeispielen:

A [27] war mit Frau C befreundet. Diese hatte ihren PKW in einer parkhausähnlichen Sammelgarage untergestellt. Zweitschlüssel der untergestellten Wagen waren beim Pförtner B hinterlegt. Nach telefonischer Genehmigung durch Frau C holte A den Wagen eines Tages ab. Dies wiederholte er ein paar Mal, um kürzere Fahrten zu unternehmen. Schließlich ließ sich A, ohne Wissen und Genehmigung der Frau C, den Wagen von B in der Absicht aushändigen, nicht mehr zurückzukehren.

1871: SCHÜTZE, S. 474, Fn. 10, der meint, daß jedenfalls auch der Getäuschte geschädigt sein müsse, sei dies auch nur mittelbar, wenn er nämlich dem primär Geschädigten ersatzpflichtig sei.

25) Der häufig gebrauchte Satz "Getäuschter und Verfügender müssen identisch sein", z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46, ist in dieser allgemeinen Form mißverständlich: Erforderlich ist nur, daß der Verfügende a u c h getäuscht worden ist. Es genügt also, daß zunächst ein Dritter getäuscht wird, der zwar nicht verfügt, aber die Täuschung an den Verfügenden weitergibt; ein solcher Fall liegt z.B. der Entscheidung des OLG Stuttgart zugrunde, NJW 1962, 502 = JR 1962, 152 = JZ 1962, 420.

26) Bedeutung erlangt der Streit auch hinsichtlich der Abgrenzung zur Straffreiheit; siehe dazu unter S. 7.

27) BGH 18, 221 = LM § 263 Nr. 61 = NJW 1963, 1068 = MDR 1963, 512.

A [28] bat die C, deren PKW benutzen zu dürfen. Als C dies ablehnte, suchte A die Wirtin B der C auf und ließ sich von ihr die Schlüssel zum Wagen der B aushändigen, mit denen sie, A, verschwand. A erreichte das nur dadurch, daß sie der B wahrheitswidrig angab, zum Empfang der Schlüssel ermächtigt zu sein.

Wie der vorherige (Wirtin-)Fall; jedoch hat die C der Wirtin B vorher mitgeteilt, daß die Wagenschlüssel abgeholt werden und B sie herausgeben möge. Daraufhin hält die B die A für die angekündigte Empfangsberechtigte, als die sie sich fälschlich auch ausgibt.

Da der Geschädigte und der getäuschte Verfügende nicht identisch zu sein brauchen, könnte in allen drei Beispielen Betrug vorliegen; andererseits könnte auch jeweils ein Diebstahl in Betracht kommen, wobei A als mittelbarer Täter B als "Werkzeug" eingesetzt haben könnte. Die Schwierigkeit, den Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vom Dreiecksbetrug abzugrenzen, rührt daher, daß der Betrugstatbestand - schon bei Identität des Verfügenden und Geschädigten (= Identitätsbetrug) - in seiner Struktur dem Typus der mittelbaren Täterschaft entspricht [29]:
Der Betrüger schädigt sein Opfer mittelbar, indem er es durch die Täuschung veranlaßt, die schädigende Handlung selbst vorzunehmen [30]. Der Getäuschte ist gewissermaßen das vom mittelbaren Täter beherrschte und gelenkte Werkzeug. So gesehen stellt sich jede Betrugshandlung als mittelbare Tat i.S. einer mittelbaren Schädigung dar.
Trotz dieser tatbestandlichen Affinität liegt beim Identitätsbetrug ein Abgrenzungskriterium zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft auf der Hand: Dort sind nur zwei Personen - Betrüger und Betrogener - betroffen, hier sind es drei: Täter, Werkzeug und Bestohlener. Das äußerliche Unterschei-

---

28) OLG Stuttgart, MDR 1965, 929 = JR 1966, 29 m. Anm. v. DREHER; kritisch LENCKNER, JZ 1966, 320.

29) JACOBI, Diss. S. 35 ff., Zusammenfassung S. 99; LENCKNER, Diss. S. 30; Siehe unten S. 42 ff.

30) SCHRÖDER, ZStW 60, 70 Fn. 41.

dungsmerkmal der Personenzahl entfällt jedoch beim Dreiecksbetrug:
Der Täter bedient sich nämlich des Getäuschten, der durch seine Verfügung den Schaden im Vermögen eines Dritten herbeiführt. Diese Fallkonstellation zeigt deutlich - soweit es sich um Sachen als Tatobjekt handelt - die konstruktive Kongruenz zwischen Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft. Diese Kongruenz erschwert die Grenzziehung und läßt sie manchmal willkürlich erscheinen; sie mag der Grund gewesen sein, weshalb DREHER [31] die Abgrenzung als "dogmatisches Glasperlenspiel" bezeichnet hat. Hier mag auch die Ursache für die unterschiedlichen Lösungsansätze und Ergebnisse zu suchen sein.

III. DIE PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER ARBEIT

Die verschiedenen Lösungsversuche sollte man allerdings nicht überbewerten. Es wird nicht verkannt, daß es einem Angeklagten in der Regel gleichgültig sein dürfte, ob er wegen Diebstahls oder Betrugs bestraft wird. Die Bedeutung der Arbeit liegt somit weniger im praktischen, als im dogmatischen Bereich. Soll der Betrug nicht zu einem konturenlosen Auffangtatbestand auswuchern, ist eine Besinnung auf das Wesen der Vorschrift und eine entsprechende Auslegung der Tatbestandsmerkmale angezeigt. Nur so kann eine Abgrenzung des Betrugs einerseits gegenüber den Eigentumsdelikten und andererseits gegenüber Fällen der Straflosigkeit - insoweit liegt eine praktische Bedeutung vor - erfolgen.
Am Rande sei noch vermerkt, daß nach der Vereinheitlichung der Rückfallvorschrift in § 17 [32] die Abgrenzung von Betrug und Diebstahl weitere Bedeutung erlangt bei der Grenzziehung zur Verbrauchsmittelentwendung des § 370 Nr. 5 [33] sowie

---

31) JR 1966, 29.
32) Anders noch § 244 a.F. und § 264 a.F.
33) Ebenso § 242 II E 62.

unter den Voraussetzungen des § 247 II (Verwandtendiebstahl) [34]. Schließlich weist SCHÜNEMANN [35] noch auf den Fall hin, daß sich jemand zur Deckung einer offenen Gattungsforderung eine Sache seines Schuldners durch Täuschung verschafft, der nach h.M. zwar - mangels Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils - nicht wegen Betrugs, wohl aber u.U. - wegen Rechtswidrigkeit der Zueignung - wegen Diebstahls bestraft werden könne.

---

34) Nach dem Entwurf eines EinfG zum StGB soll allerdings § 247 II künftig entfallen.

35) GA 1969, 47.

H A U P T T E I L

A. DER MEINUNGSSTAND

Die in den oben erwähnten Beispielsfällen enthaltene Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Dreiecksbetrug gegeben ist, wird in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

I. DIE RECHTSPRECHUNG

1) Das Reichsgericht

Die amtliche Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen enthält keine a u s d r ü c k l i c h e Auseinandersetzung mit dem Problem der Abgrenzung von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Dreiecksbetrug. Da das RG aber auch Sachverhalte zu beurteilen hatte, in denen der über eine Sache verfügende Getäuschte und der Geschädigte verschiedene Personen waren, läßt das den Schluß zu, daß die hier untersuchte besondere Problematik dem RG unbekannt war. Dennoch sollen hier Entscheidungen mit zugrunde liegender Personenverschiedenheit dargestellt werden, lassen sich doch aus ihnen auch Rückschlüsse auf die behandelte Thematik ziehen.
Nur in wenigen der entschiedenen Fälle war das Deliktsobjekt eine Sache. In RG 75, 62 (63) verfügte die Getäuschte teils über eigene, teils über Kleiderkarten ihrer Familienangehörigen. Obwohl der Vermögensschaden auch mit der Vermögenseinbuße der Angehörigen begründet wurde [1], wurde die insoweit vorliegende Personenverschiedenheit nicht einmal erwähnt.

Ebenso verhielt es sich in RG 57, 370. Der Täter erreichte durch eine Täuschung der Verkäuferin - Vorspiegelung seiner Zahlungsbereitschaft - die Herausgabe von Schokolade und schädigte dadurch die Ladeninhaberin. Der von der Vorinstanz angenommene Betrug wurde vom RG bestätigt, ohne daß längere Ausführungen wegen der Personenverschiedenheit gemacht wurden.

---

1) A.a.O., S. 64 unten.

Auch in RG 49, 16 fehlten solche Erörterungen, obschon die Leitsatzfrage

"Begeht, wer einen gutgläubigen Dritten durch Täuschung zum Ankauf unterschlagener Sachen bestimmt, Betrug zum Nachteil des Erwerbers oder des Eigentümers?"

dieses erwarten ließ. Ein allein hier interessierender Betrug zum Nachteil des Eigentümers wurde schon wegen der zeitlich vorangehenden Unterschlagung mangels eines - weiteren - Schadens abgelehnt. Weiterhin fehle es an einer Verfügung des Getäuschten [2] [3]. Die Verfügung sei ein Ausfluß der Herrschaft über den Verfügungsgegenstand; verfügen könne nur der, der die V e r f ü g u n g s g e w a l t habe. Dies sei nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer.

In RG 21, 110 hatte der im Dienste des W stehende Angeklagte eine Anzahl Wagenbretter als ihm gehörig dem K zur Abholung vom W.-schen Hofe verkauft und später die Bretter, darunter drei dem W gehörende, dem K zum Abfahren bezeichnet. Das RG wertete die Tat des Angeklagten [4] "mangels der Ansichnahme und der Absicht der eigenen Zueignung nicht mehr als Diebstahl, sondern als Betrug", "zumal wenn er ... schon beim Verkaufe der Bretter die hier in Frage stehenden drei Stück mit zum Gegenstande der Veräußerung gemacht hatte." Es ist m.E. nicht eindeutig [5], ob das RG von einem Betrug zum Nachteil des Eigentümers [6] - nur dann läge ein Fall der Personenverschiedenheit vor - ausging. Für diese Annahme spricht allerdings die Gegenüberstellung zum gegen den W gerichteten Diebstahl und die Formulierung "nicht mehr"; dennoch kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden,

---

2) A.a.O., S. 19.

3) A.A. EBERMAYER, LK, 4. Aufl., § 263, 5 C; HOLTZENDORFF, Diss. S. 32.

4) Siehe a.a.O., S. 111.

5) Ebenfalls zweifelnd SCHRÖDER, ZStW 60, 73 Fn. 42 m.w.N.

6) So SCHOBER, Diss. S. 28; BRAUNSDORF, Diss. S. 37 Fn. 68; RIMPAU, S. 38, allerdings ohne Bezugnahme auf diese Entscheidung; a.A. LIEBRECHT, Diss. S. 34 - 38.

daß das RG lediglich einen Betrug zum Nachteil des Erwerbers K meinte. Wegen dieser Unklarheit lassen sich aus dem Urteil keine Rückschlüsse ziehen.

Aufschlußreicher ist RG 17, 264. Der Angeklagte J.N. spiegelte dem Vormund C.N. vor, er, J.N. werde eine Forderung der Mündel gegen C.N. befriedigen, wenn C.N. ein ihm gehörendes Grundstück an J.N. veräußere. Obwohl C.N. wunschgemäß über das Grundstück verfügte, befriedigte J.N. dessen Gläubiger nicht. Das RG prüfte, ob ein Betrug zum Nachteil der Mündel darin zu sehen war, daß ihnen im Falle einer Zwangsvollstreckung gegen ihren Vormund das Grundstück als Befriedigungsobjekt entzogen war. Es hielt dabei eine vermögensschädigende Verfügung schon dann für gegeben, wenn eine Beschädigung des fremden Vermögens überhaupt eingetreten war und wenn die Disposition mir ihr in kausalem Zusammenhang stand [7].

Als Zwischenergebnis der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Sachbetrug läßt sich feststellen:
Die notwendige Voraussetzung für das Vorliegen des Betrugstatbestandes soll der ursächliche Zusammenhang zwischen der Disposition und dem Schaden sein. Teilweise (Vormund-Fall) wurde der Kausalzusammenhang sogar als h i n r e i c h e n d e Voraussetzung angesehen. Demgegenüber wurde in RG 49, 16 das zusätzliche Erfordernis der "Verfügungsgewalt" aufgestellt. Schließlich wurde ohne nähere Begründung Betrug zum Nachteil der Ladeninhaberin im Fall der getäuschten Verkäuferin bejaht.

In einer Reihe von Entscheidungen des RG zum Dreiecksbetrug war das Deliktsobjekt keine Sache, so daß Diebstahl von

---

7) A.a.O., S. 266 f.

vornherein nicht in Betracht kommen konnte. Wegen der Personenverschiedenheit im Hinblick auf die Abgrenzung zu straffreiem Verhalten sind diese Entscheidungen jedoch von Interesse:

In RG 28, 144 (3. Senat) und in GA 51, 189 (4. Senat) entschied das RG zwei Straßenbahnschaffner-Fälle. Die angeklagten Schaffner hatten jeweils bereits verwendete Fahrscheine an die insoweit getäuschten Fahrgäste ausgeteilt, um das vereinnahmte Fahrgeld für sich zu behalten. In der zuerst genannten Entscheidung lehnte der 3. Senat im Gegensatz zur Vorinstanz § 263 zum Nachteil der Straßenbahngesellschaft ab. Die Täuschung der Fahrgäste über die Gültigkeit der Billets sei nicht die Ursache für den Schaden der Gesellschaft, sondern Ursache sei das rechtswidrige Unterlassen des Schaffners, gültige Fahrscheine den Gästen auszuhändigen. Demgegenüber sah der 4. Senat den Kausalzusammenhang zwischen dem bei den Fahrgästen erregten Irrtum und der in Aussicht genommenen Schädigung darin, daß jene Irrtumserregung, wenn sie nicht entdeckt worden wäre, bei dem regelmäßigen Verlauf der Geschäftsabwicklung einen Schaden des Bahnunternehmens zur Folge gehabt haben würde. Aus der Personenverschiedenheit des Getäuschten und des eventuell Geschädigten könne kein Bedenken hergeleitet haben.

Die Begebung eines abredewidrig ausgefüllten Blankoakzepts an einen gutgläubigen Wechselnehmer werteten RG 64, 226 (228) (1. Senat) und RG 51, 166 (4. Senat) als Betrug zum Nachteil des Akzeptanten. Während der 1. Senat das Dreiecksproblem mit dem Hinweis, daß Getäuschter und Geschädigter nicht dieselbe Person zu sein brauchen, lösen zu können glaubte, führte der 4. Senat u.a. aus: Eine Verfügung liege in einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Getäuschten, das rechtlich in den Vermögensbestand eines anderen eingreife. Daß der Wechselnehmer (M.) in keiner Weise zu einer Vertretung des geschädigten Akzeptanten (S.) und zu einer Verfügung über

dessen Vermögen berufen war, sei ohne Belang. Entscheidend sei nur, daß auf Grund der wechselrechtlichen Vorschriften der gutgläubige M. die bis dahin nicht vorhanden gewesene Wechselverpflichtung des S. über den gefälschten Betrag zur Entstehung brächte, damit also unmittelbar, ohne sich dessen bewußt zu sein, das Vermögen des S. mit dieser Wechselverpflichtung belastete.

Auf der Linie der Blankoakzept-Urteile liegen auch RG 39, 80 (82 f.) und RG 19, 161 (163), Fälle, in denen der Schuldner gem. § 407 BGB mit befreiender Wirkung an den Altgläubiger leistete. Ohne die Personenverschiedenheit zu erörtern, wurde wegen § 407 BGB Betrug angenommen und damit von einer schädigenden Verfügung des Schuldners ausgegangen [8].

In einer Reihe von Fällen traf eine von den Beteiligten unabhängige Instanz, z.B. eine Behörde, auf Grund einer Täuschung eine Entscheidung mit nachteiligen Auswirkungen i.d.R. für die Konkurrenten des Täters; so erhielt der Täter in RG 73, 382 (384) bei einer Ausschreibung eines Ministeriums den Zuschlag. Ein Betrug - in concreto nur Versuch - zum Nachteil der Mitbewerber, die ohne die Täuschung berücksichtigt worden wären, wurde angenommen [9], ohne daß über die generelle Zulässigkeit der Personenverschiedenheit hinaus Ausführungen gemacht worden wären.

Demgegenüber lehnte RG 58, 285 (289) mangels Schadens einen Betrugsversuch (auch) zum Nachteil der anderen Wohnungssuchenden ab, wenn der Täter die Wohnungsbehörde durch Täuschung bestimmte, ihm bevorzugt eine Wohnung zuzuweisen; die Aussicht auf Wohnungszuteilung sei kein zum Vermögen gehörendes Recht.

---

8) Ablehnend HEGLER, rchiv IX, S. 377.

9) Kritisch GALLAS, Schmidt-Festschrift, S. 431 a.E.

Einen Betrug zum Nachteil der Käufer ließ RG 58, 215 (216) an der fehlenden Unmittelbarkeit in dem Fall scheitern, in dem ein Händler mittels Täuschung erreichte, daß die amtliche Preisfestsetzungsbehörde für einen Teil seiner Ware zu hohe Preise festsetzte. Bei Personenverschiedenheit erfordere der ursächliche Zusammenhang zwischen der Verfügung und der Vermögensbeeinträchtigung, daß der Getäuschte durch seine Verfügung unmittelbar in die Vermögenslage des Geschädigten eingreife, so daß schon in dem Augenblick der Verfügung und zufolge ihres Inhalts das Vermögen des Geschädigten eine Einbuße erleide.

Nach Ansicht von RG 52, 154 (156) ist der Tatbestand des Betrugs nicht erfüllt, wenn ein Nichtberechtigter sich Lebensmittelkarten durch Täuschung der zur Ausgabe dieser Karten bestellten Personen verschafft. Insoweit sei kein Schaden festzustellen, auch nicht derjenigen, die eine "Anwartschaft auf die Verabfolgung solcher Karten" hatten, da ihnen ein Anspruch auf Lebensmittelzuteilung nicht zustünde.

Wer durch wissentlich falsche Angaben sich eine gewerbliche Konzession verschafft und dann das Gewerbe betreibt, begeht - so RG 47, 151 (153 f.) - mangels des notwendigen Kausalzusammenhangs keinen Betrug zum Nachteil derer, die dasselbe Gewerbe betreiben. Die Ausnutzung der durch den staatlichen Akt der Genehmigung geschaffenen Rechtslage sei nicht mehr Fortwirkung des ursächlichen Zusammenhangs der Täuschung, sondern Beginn einer Tätigkeit, welche sich an den Erfolg der Täuschung anschließe [10].

---

10) Die zuletzt genannten vier Urteile lehnen einen Betrug mangels Schadens oder Unmittelbarkeit ab. Daraus kann man jedoch nicht z w i n g e n d schließen, daß das RG von der Annahme einer Verfügung ausgegangen ist, da bei ablehnenden Entscheidungen aus Zweckmäßigkeitsgründen häufig die logische Prüfungsreihenfolge vernachlässigt wird; im Zusammenhang mit hinsichtlich der Verfügung ähnlich liegenden Fällen kommt diesen Entscheidungen aber deshalb Bedeutung zu, weil dort das RG den Betrugstatbestand bejahte.

RG 51, 204 (208 f.) sah unter bestimmten Voraussetzungen wegen einer Täuschung einer Kriegsleder-AG, wobei der Täter mehr Felle zum Gerben zugeteilt bekommen wollte, einen Betrug zum Nachteil der übrigen angeschlossenen Gerber für gegeben. Daß diese keinen Rechtsanspruch auf die Zuteilung hätten, begründe keinen Unterschied, sofern die - bereits wertbestimmende - tatsächliche Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit auf Zuteilung bestünde [11].

Zu einer anderen Gruppe von Fällen zählen RG 26, 227 (228 f.) und RG 6, 75 (76). Die Frage, ob das durch Täuschung bewirkte Entziehen der Kundschaft eines Kaufmanns einen Betrug zu dessen Nachteil darstellen könne, wurde bejaht; freilich fehlt eine Begründung hinsichtlich der Personenverschiedenheit.

Ein besonderer Sachverhalt lag RG 42, 171 (173 f.) zugrunde: Das RG sah als Betrug an, daß sich derjenige, der ein Testament für einen anderen entwarf, darin ohne Wissen und Wollen des Erblassers ein Vermächtnis aussetzen ließ. Im Unterschied zu den üblichen Fällen verfügt der getäuschte Erblasser im Wege der letztwilligen Verfügung zunächst einmal über sein eigenes Vermögen [12], wenn auch der Schaden in der Person des mit dem Vermächtnisanspruch belasteten Erben eintreten mag. Obwohl das RG von einer Personenverschiedenheit ausging - möglicherweise war jedoch (auch) schon der Erblasser i.S. einer Zweckverfehlung geschädigt -, erwähnte es diesen Umstand nicht einmal ausdrücklich.

RG 25, 244 (247) stellte bei Personenverschiedenheit nicht auf die Beziehung Getäuschter - Geschädigter, sondern - möglicherweise irrtümlich - auf das Verhältnis Betrüger - Geschädigter

---

11) Zustimmend BRUNS, a.a.O., S. 230.

12) So auch ROSNER, Diss. S. 49, der der Entscheidung zustimmt.

ab: Schon der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung erfordere, daß der B e t r ü g e r [13] mindestens tatsächlich dergestalt in der Lage sei, über Vermögensstücke des Geschädigten zu verfügen, daß eine solche mit dem Getäuschten vorgenommene Verfügung dem Eigentümer der Vermögensstücke eine Vermögensminderung bringe [14].

Ein Gläubiger, der sich aus dem Vermögen seines zahlungsunfähigen Schuldners Befriedigung verschaffte, nachdem er vorher von ihm mittels Täuschung einen vollstreckbaren Titel erlangt hatte, begehe einen Betrug zum Nachteil der übrigen, infolgedessen nicht volle Befriedigung erlangenden Gläubiger, RG 21, 236 (238 f., 242 f.) [15]. Hinsichtlich der Personenverschiedenheit genüge es, daß die durch Täuschung veranlaßte Handlung des einen die Vermögensschädigung des anderen herbeiführe.

In ständiger Rechtsprechung nahm das RG eine Vermögensverfügung - ausdrücklich oder stillschweigend - an, wenn der Getäuschte der "Vertreter" des Geschädigten war [16]. In diesen Fällen war der Getäuschte ein Angestellter bzw. ein Beamter einer juristischen Person des privaten bzw. öffentlichen Rechts oder ein bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter [17] einer natürlichen Person. Bei dieser Konstellation

---

13) Falsch zitiert bei FRANK, § 263 VI 2.

14) Wohl zustimmend ROSNER, Diss. S. 46 f.

15) Zustimmend ROSNER, Diss. S. 50 ff.

16) z.B.: RG 77, 32 (33); 76, 335 (337 f.); 76, 268; 76, 170 (172 f.); 74, 243 (245); 73, 393; 70, 33; 70, 12; 68, 65 (66); 65, 281; 64, 422; 58, 171; 42, 120 (121 ff); 42, 27 (28); 36, 367; 36, 86; 35, 311 (314); 33, 256 (257); 26, 28 (29); 18, 82; 10, 48; 10, 11 (21); 8, 164 (168); 4, 50 (51).

17) Ob man den Konkursverwalter - in RG 26, 28 und 36, 86 - als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners oder als Partei kraft Amtes (vgl. zum Meinungsstreit SCHÖNKE-BAUR, S. 958) ansieht, kann hier dahinstehen.

erschien dem RG das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Vermögensverfügung wohl so zweifelsfrei zu sein, daß es häufig die Personenverschiedenheit nicht einmal erwähnte.

Die historisch älteste Fallgruppe zum Dreiecksbetrug bildet nach Auffassung des RG der sogenannte Prozeßbetrug [18]. Der getäuschte Richter trifft mit seiner Entscheidung eine den Prozeßgegner (oder einen Dritten [19]) schädigende Vermögensdisposition. Der Unterschied zu den sonstigen Dreiecksbetrügereien besteht darin, daß das Verhältnis Getäuschter - Geschädigter seitens des Richters durch die hoheitliche Sonderstellung [20], seitens des Geschädigten durch die Unterworfenheit unter die Richtergewalt gekennzeichnet ist. Auf diese Besonderheit wird noch an anderer Stelle eingegangen.

Zum Schluß sei noch auf RG 70, 212 (213) und RG 48, 58 (Gänsebucht-Fall) hingewiesen. In beiden Fällen hatte der Täter eine fremde Sache in Zueignungsabsicht zwar nicht eigenhändig weggenommen, aber an einen gutgläubigen Dritten veräußert und durch diesen wegnehmen lassen. Interessanterweise prüfte das RG nicht etwa einen Betrug [21] durch Täuschung des Erwerbers zu Lasten des Eigentümers, sondern es erörterte und bejahte Diebstahl. Daraus mag man schließen, daß nach Auffassung des RG die erst im Augenblick der Tat geschaffene tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit des Getäuschten auf das Deliktsobjekt nicht ausreicht, eine den Betrugstatbestand erfüllende Vermögensverfügung zu begründen.

---

18) Im Laufe seiner Geschichte hat das RG immer mehr Sachverhalt als "Prozeßbetrug" bewertet. Diese Entwicklung wurde maßgeblich durch die Aufstellung der Wahrheitspflicht in § 138 ZPO - Novelle vom 27. 10. 1933 - beeinflußt. Ausführlich LENCKNER, Diss. S. 13 ff. u. 18 ff.

19) MAURACH, BT, S. 316 m.H. auf RG 59,104.

20) LENCKNER, Diss. S. 170.

21) Siehe oben RG 21, 110 (Wagenbretter-Fall).

Insgesamt gesehen läßt sich bei Personenverschiedenheit für den Nicht-Sachbetrug eine einheitliche Auffassung des RG hinsichtlich der Vermögensverfügung nicht erkennen, allenfalls insofern, als nur geringe Anforderungen gestellt werden: Zwar scheint die erst nach der Täuschung begründete tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit - des Getäuschten (oder des Betrügers? [22]) - nicht auszureichen, wohl aber wird der notwendige K a u s a l z u s a m m e n h a n g zwischen Verfügung und Schaden vielfach als h i n r e i c h e n d angesehen. Auch erfüllt nach reichsgerichtlicher Auffassung diejenige Vermögensdisposition das Tatbestandsmerkmal "Verfügung", die erst auf Grund des § 10 WechselG oder des § 407 BGB auf das fremde Vermögen einwirkt. Ebenso hatte das RG in den Entscheidungen zur Kundschaftsabwerbung, Bankanweisung und zur Vermächtniseinsetzung keine Bedenken, § 263 zu bejahen. In ständiger Rechtsprechung wertete es schließlich den sog. Prozeßbetrug und die Vertreter-Fälle als Betrug.

2) Der Bundesgerichtshof

Der BGH beschäftigte sich mit der Dreiecksproblematik beim Sachbetrug ausdrücklich nur in BGH 18, 221 (Sammelgaragen-Fall). Dort verkannte nach seiner Auffassung die Vorinstanz,

"daß es für die Unterscheidung, ob Diebstahl oder Betrug gegeben ist, allein auf die Willensentschließung des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankommen kann, der der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit hat und der deshalb über sie, unabhängig vom Willen der anderen Mitgewahrsamsinhaber, tatsächlich verfügen kann."

Die BGH-Entscheidung fußt offenbar auf folgender Überlegung: Ob eine Sache weggenommen (= Diebstahl) oder über sie verfügt (= Betrug) worden ist, hängt davon ab, ob die Gewahr-

---

22) Siehe oben RG 25, 244 (247).

samsänderung gegen den Willen des Berechtigten oder mit dessen Willen erfolgt ist. Bei Dreiecksverhältnissen wird in der Regel der getäuschte Vermögensfremde die Gewahrsamsübertragung wollen, während der (geschädigte) Vermögensinhaber nicht damit einverstanden sein wird. Dann aber richtet sich die Entscheidung, ob eine Verfügung oder eine Wegnahme vorliegt, danach, wessen Wille als relevant berücksichtigt wird; ist es der Wille des Getäuschten, so kommt man zum (Dreiecks-)Betrug, ist es der Wille des Geschädigten, so gelangt man zum Diebstahl (in mittelbarer Täterschaft). Damit spitzt sich die Abgrenzungsproblematik auf die Frage zu, welches Kriterium bestimmt, auf wessen Willen abzustellen ist. Diese Frage beantwortete der BGH dahin, daß es auf den Willen des verfügenden Mitgewahrsamsinhabers ankomme, wenn er eine größere tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit habe als die anderen Mitgewahrsamsinhaber. Berücksichtigt man nunmehr, daß der Mitgewahrsam als tatsächliche Sachherrschaft begriffsnotwendig bereits eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit enthält, so stellt der BGH im Kern auf den Mitgewahrsam bzw. Alleingewahrsam [23] des gutgläubigen Verfügenden ab [24]. Umgekehrt kommt nach dieser Ansicht nur Diebstahl zum Nachteil des Berechtigten in Betracht, wenn der Vermögensfremde nicht mindestens Mitgewahrsam besitzt, weil dann dem Willen des Berechtigten Relevanz zukommt.

Indem der BGH bei bestehendem Mitgewahrsam ausschließlich auf den Willen des Vermögensfremden, bei nicht bestehendem Gewahrsamsverhältnis ausschließlich auf den Willen des Berechtigten abstellt, gelangt er notwendig [25] zur Exklusivität von Diebstahl und Dreiecksbetrug bei e i n e r Handlung hinsichtlich e i n e s Vermögensobjekts [26].

---

23) Alleingewahrsam des Vermögensfremden muß erst recht ausreichen.

24) Ebenso deutet DREHER diese Entscheidung, JR 1966, 29.

25) Vgl. auch unten S. 26 ff. die Darstellung der Meinung von SCHRÖDER.

26) So ausdrücklich BGH 17, 205 (209) = LM Nr. 34 zu § 242 = NJW 1962, 1211 (1212) = MDR 1962, 590 = JZ 1962, 638.

In weiteren Entscheidungen bejahte der BGH im Anschluß an das RG das Vorliegen einer Vermögensverfügung beim sog. Prozeßbetrug [27] und in den Fällen, in denen der Verfügende als Vertreter [28] des Geschädigten fungiert. Nach einem Urteil des 2. Senats [29] soll dies wohl auch dann gelten, wenn dem "Vertreter" die Vertretungsmacht fehlt.

In drei weiteren Dreiecksfällen sah der BGH den Betrugstatbestand als gegeben an, obwohl die Beziehungen des Verfügenden zum Verfügungsobjekt nicht sehr eng waren:
In BGH 17, 147 [30] verschaffte sich der Täter bei einer Ausschreibung zum Schaden des sonst aussichtsreichsten Mitbewerbers den Zuschlag durch Täuschung der Vergabestelle.
Ähnlich lag die Problematik im VW-Aktien-Fall des BGH 19, 37 [31]: Der Täter beantragte Aktien des Volkswagenwerks bei verschiedenen Banken unter dem unwahren Vorbringen, er habe sonst keine Kaufanträge gestellt, und bekam auf diese Weise eine zu hohe Zahl von Aktien zugeteilt. Dadurch soll - neben dem Bundesvermögen - das Vermögen solcher Aktien-Zeichner geschädigt sein, die ohne die Täuschung eine weitere (dritte) Aktie erhalten hätten. In beiden Entscheidungen hielt es der BGH nicht für erforderlich, die Vermögensverfügung wegen der Personenverschiedenheit besonders zu prüfen. Es wurde nicht

---

27) Z.B.: BGH 7, 245 = LM § 263 Nr. 36 = NJW 1955, 720 = MDR 1955, 432; BGH bei DALLINGER, MDR 1956, 10.

28) Z.B.:
BGH 20, 1 = NJW 1964, 2260 = MDR 1964, 1018;
BGH 14, 170 = LM § 263 Nr. 49 = NJW 1960, 1068 = MDR 1960, 597 = JR 1960, 384 m.abl.Anm. MITTELBACH;
BGH 8, 254 (259/260) = LM § 266 Nr. 26 = NJW 1956, 151 = MDR 1956, 117 = JZ 1956, 571;
BGH 2, 325 = LM § 263 Nr. 12 = NJW 1952, 896 m.Anm. BOCKELMANN;
BGH 1, 13 (14) = NJW 1951, 160 = JZ 1951, 177.

29) GA 1962, 213.

30) = LM § 263 Nr. 58 = NJW 1962, 973 = MDR 1962, 494 = JuS 1962, 327, Nr. 11 = BB 1962, 574.

31) = LM § 263 Nr. 64 = NJW 1963, 1835 = MDR 1963, 939 = JZ 1964, 70 = BB 1963, 1039.

einmal expressis verbis erwähnt, daß der Verfügende und der Geschädigte zwei Personen waren.
Das gilt in gleicher Weise für das Urteil des BGH in NJW 1968, 1147 (1148) [32]. Der Täter zog von Kunden der Firma, bei der er damals angestellt war, unter Vortäuschung einer Inkassovollmacht Forderungen ein und verbrauchte die erhaltenen Beträge - auch zum Nachteil der Firma - für sich. Obgleich die Forderungen der Firma nach der Auffassung des erkennenden Senats durch die Zahlung nicht einmal erloschen waren, ging er von einer Verfügung der Kunden über das Vermögen der Firma aus.

3) Die Oberlandesgerichte

Die Oberlandesgerichte folgen im wesentlichen der Rechtsprechung des BGH. Dies gilt allerdings nicht für eine ältere Entscheidung des OLG Hamburg [33], die in einer mittels Täuschung bewirkten Anstiftung zum Diebstahl tateinheitlich einen Betrug zum Nachteil des Eigentümers sah, über dessen Vermögen der getäuschte Dieb durch die Wegnahme verfügt haben soll. Begründet wurde dieses Ergebnis mit dem Hinweis auf die Zulässigkeit der Personenverschiedenheit, wenn der Getäuschte - was bejaht wurde - unmittelbar in die Vermögenslage des Geschädigten eingreife.

Die Oberlandesgerichte Köln und Stuttgart sowie das Bayrische Oberste Landesgericht setzten sich ausdrücklich mit der Problematik des Dreiecksbetrugs auseinander:
Wie BGH 18, 221 entschied das OLG Köln [34]. Versuchten Diebstahl in Tateinheit [35] mit Betrug zum Nachteil des Eigen-

32) = LM § 263 Nr. 71 = MDR 1968, 509 = JR 1968, 347 = BB 1968, 1099.

33) HESt. 2, 316 (317).

34) MDR 1966, 253 (254) = OLGSt. § 263 StGB, S. 11.

35) Das OLG geht also von zwei Handlungen aus, so daß sich die Frage der Exklusivität - siehe oben Fn. 26 - nicht stellt.

tümers begehe, wer ein fremdes, auf einem bewachten Parkplatz abgestelltes Damenfahrrad heimlich fortzuschieben versuche, vom Wächter dabei überrascht werde, diesen jedoch mit der Bemerkung zur Freigabe des Rades bewegen könne, es sei das eigene, für das er den Aufbewahrungsschein verloren habe. Die in der freiwilligen Gewahrsamsübertragung liegende Vermögensverfügung des Wächters wurde mit dessen tatsächlicher Möglichkeit begründet, als Gewahrsamsinhaber über fremdes Vermögen zu verfügen.

Auf die Gewahrsamsinhaberschaft stellte auch das BayObLG in GA 1964, 82 ab. Der Täter bejahte wahrheitswidrig die Frage des Finders, ob ihm die gefundene Armbanduhr gehöre, und veranlaßte so den Finder zur Aushändigung der Sache. Die bayrischen Richter sahen in diesem Verhalten einen Betrug zum Nachteil des Eigentümers der gefundenen Uhr. Der Finder habe mindestens Mitgewahrsam gehabt, sei infolgedessen in der Lage gewesen, in tatsächlicher Hinsicht wirtschaftlich über die Fundsache zu verfügen, was er auch auf Grund eines freien Entschlusses durch die Aushändigung [36] der Uhr getan habe. Ein möglicherweise entgegenstehender Wille des wahren Eigentümers sei unerheblich, da es bei Mitgewahrsam allein auf die Willensrichtung des gutgläubigen, der Sache am nächsten stehenden Mitgewahrsamsinhabers ankomme. Mit dieser Begründung liegt die Entscheidung ebenfalls ganz auf der Linie von BGH 18, 221.

Dem Fehlen der Gewahrsamsbeziehung [37] maß das OLG Stuttgart

---

36) OTTO, ZStW 79, 66, äußert Bedenken, ob hier eine Gewahrsamsübertragung des Finders vorliege.

37) Gewahrsam der Wirtin verneint ebenfalls LENCKNER, JZ 1966, 320 (321); zweifelnd DREHER, JR 1966, 29 und GA 1969, 56 (57).

im Zimmerwirtin-Fall [38] ebenso eine solche Bedeutung bei, daß es in sachlicher Übereinstimmung zum Sammelgaragen-Urteil des BGH einen Betrug mangels Vermögensverfügung ablehnte. In der Begründung stellte das Gericht allerdings hauptsächlich auf andere Gesichtspunkte ab: Die Wirtin sei nicht befugt gewesen, über die Autoschlüssel, die sich im Zimmer der Berechtigten befanden, zu verfügen, noch irgendeine Entscheidung darüber zu treffen, ob die Angeklagte den PKW der Berechtigten benutzen dürfe. Infolgedessen habe sie bei der Herausgabe der Schlüssel weder den Willen noch die Vorstellung gehabt, eine eigene Entscheidung zu treffen [39]. Sie habe vielmehr geglaubt, lediglich eine Anweisung auszuführen.

In zwei Entscheidungen der Oberlandesgerichte Stuttgart, NJW 1963, 825, und Köln, JMBlNW 1962, 176, war der Getäuschte bevollmächtigter Vertreter des Geschädigten bzw. Sachbearbeiter einer Behörde. In Übereinstimmung mit dem RG und dem BGH wurde eine Vermögensverfügung bejaht.

Das OLG Hamm, JMBlNW 1954, 132, nahm einen Betrug zum Nachteil des Mitbewerbers um einen Arbeitsplatz durch Täuschung des einstellenden Organs an, freilich ohne ein Wort zur Personenverschiedenheit zu sagen.

Eine Zusammenfassung der Rechtsprechungsübersicht zeigt, daß vor und teils auch noch nach der Entscheidung BGH 18, 221 die Dreiecksproblamtik den Gerichten nicht in vollem Umfang geläufig war. Das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen Vermögensdisposition und -schaden wurde nämlich nicht nur als notwendiges, sondern überwiegend auch als hinrei-

---

38) Siehe oben S. 6.

39) Das "Entscheidungs"-Bewußtsein lehnt LENCKNER, JZ 1966, 320, zu Recht als Abgrenzungskriterium ab.

chendes Erfordernis angesehen. Nach dem Sammelgaragen-Urteil folgten mehrere Oberlandesgerichte - sofern sie die Problematik der Personenverschiedenheit erkannten - dieser BGH-Entscheidung. In weiterer Übereinstimmung mit dem RG nahmen der BGH und die Oberlandesgerichte beim sog. Prozeßbetrug und in den Vertreter-Fällen immer eine Vermögensverfügung an.

II. DIE LITERATUR

1) Literatur vor 1941

Vor dem grundlegenden Aufsatz von SCHRÖDER "Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung" [40] im Jahre 1941 war die Themaproblematik in der Literatur im wesentlichen unbekannt.

Hinsichtlich der Vermögensverfügung bei Personenverschiedenheit beschränkte sich die Diskussion auf die Frage, ob die Vermögensdisposition eine "rechtliche Verfügungsbefugnis" des Getäuschten (sog. "relative Identität") oder nur eine

---

40) ZStW 60, 33 ff.

"tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit" erfordere [41 - 43]. Die Lehre von der "rechtlichen Verfügungsbefugnis" wurde wegen ihrer Abhängigkeit von dem Vermögensbegriff in dem Maße weniger vertreten, in dem die streng juristische Vermögenstheorie an Boden verlor, so daß heute die Theorie von der "tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit" überwiegt [44].

---

41) Es ergibt sich - auch für die heutige Zeit - folgender Meinungsstand:
a) Eine "rechtliche Verfügungsbefugnis" verlangen v. BAR, GS Bd. 40, S. 491; BELING, S. 87; BINDING, LB, S. 345; GERLAND, S. 635/636; GRÜNHUT, RG-Festgabe, S. 124 u. JW 1926, 1197; HEGLER, VDB VII, S. 430 u. Archiv IX, S. 376; HERBERGER, Diss. S. 16; JACOBI, Diss. S. 49; MERKEL, Abh., S. 203 u. in HH, S. 764;

b) Eine "tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit" reiche aus: BERNER, S. 585; BRAUNSDORF, Diss. S. 25 ff.; DREHER, § 263, 3 B; BRUNS, S. 234; DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, § 263, 5; FRANK, § 263 VI 2; HAACK, Diss. S. 30; HÄLSCHNER, S. 269; v. HIPPEL, S. 258; HOLTZENDORFF, Diss. S. 25/26; JAGUSCH, LK, § 263, 4; LACKNER-MAASSEN, § 263, 6 b; LIETZMANN, Diss. S. 48; LISZT-SCHMIDT, S. 672; LUDOLPH, Diss. S. 56 f.; MAURACH, BT, S. 314; MEYER-ALLFELD, S. 474; MEZGER-BLEI, BT, S. 190; OLSHAUSEN, § 263, 16 u. 27 b; OPPENHOFF, S. 658; PETTERS-PREISENDANZ, § 263 IV 3 u. 242 V 5; PFEIFFER-MAUL-SCHULTE, § 263 Rdnr. 17; RIMPAU, S. 17; ROMMEL, S. 64; SCHMITT, Diss. S. 76; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46; SCHRAFT, Diss. S. 158; WACHENFELD, S. 408; WEINGART, Diss. S. 59/60; WELZEL, S. 266;

RG, ständige Rspr.: 2, 436 (437) bis 73, 382 (384); BGH, ständige Rspr., z.B. 18, 221 (223); KG, GA 1, 96.

42) Geschichtlicher Überblick bei SCHÜTZ, Diss. S. 10 ff.

43) Dies gilt auch für einige ältere Dissertationen, deren Themen eigentlich eine Auseinandersetzung mit dem Problem der vorliegenden Arbeit erwarten lassen:
HABEL, Diss. S. 11 läßt einen bloßen Kausalzusammenhang genügen;
HAACK, Diss. S. 6 ff.; HERBERGER, Diss. S. 7 ff.; LIEBRECHT, Diss. S. 8 ff.; JACOBI, Diss. S. 48/49; SCHINDLER, Diss. S. 6 ff.;
POLIT, Diss. S. 1 beschränkt sich von vornherein auf den Fall, daß der sich als Eigentümer ausgebende Täter einem anderen eine Sache verkauft, die einem Dritten gehört, und den Käufer auffordert, die Sache an sich zu nehmen.

44) Siehe oben Fn. 41 b.

Freilich ist damit - wie SCHRÖDER [45] und LENCKNER [46] zu Recht betonen - die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen nämlich eine solche tatsächliche Möglichkeit gegeben ist, noch nicht beantwortet.

2) SCHRÖDER

Es war SCHRÖDER, der in dem erwähnten Aufsatz [47] das Problem der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug in vollem Umfang erkannte und systematisch zu lösen versuchte. Er ging dabei von der Überlegung aus, daß der Wille des Berechtigten das Unterscheidungskriterium für § 242 und § 263 bilde (S. 41). Diebstahl sei Sacherlangung ohne den Willen, Betrug sei Sacherlangung mit dem Willen des Berechtigten. Freiwilliger und unfreiwilliger Gewahrsamsverlust und damit Betrug und Diebstahl schlössen sich logisch aus, da das Willensmoment, das für die Voraussetzung beider Delikte den ausschlaggebenden Faktor darstelle, sie eindeutig voneinander scheide (S. 41). Dies gelte allerdings nur für die Fälle der Personengleichheit. Bei Personenverschiedenheit unterscheidet SCHRÖDER zwei Problemkreise:

(1) Welches Verhalten eines Vermögensfremden ist als V e r m ö g e n s v e r f ü g u n g anzusehen?

(2) Unter welchen Voraussetzungen ist diese Verfügung w i r k s a m , so daß sie eine Wegnahme ausschließt?

Ansatzpunkt zur Lösung dieser Fragen ist für SCHRÖDER das Wesen des Betrugs (S.70). Betrug sei ein Delikt der "unwissentlichen Selbstschädigung." Durch unlautere Einwirkung auf den Motivationsprozeß des Opfers wolle sich der Täter etwas verschaffen, das er selbst nicht besitze, das Opfer jedoch habe

---

45) ZStW 60, 62 u. 69.

46) JZ 1966, 320.

47) ZStW 60, 33 ff.; komprimiert bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a.

und nun dem Täter übergeben solle. "Der Täter benutzt also sein Opfer als einen 'Besitzenden' dazu, unter scheinbarer Respektierung seines Willens durch Erregung falscher Motive eine Übertragung seiner besseren Position auf sich selbst zu erzielen". Die "bessere Position" i.S. "einer größeren, zumindest tatsächlichen Nähe, in der sich das Opfer im Gegensatz zum Betrüger zum Gegenstand seiner schädigenden Handlung befindet" ist der Angelpunkt der Lösung SCHRÖDERs. Davon ausgehend untergliedert er konsequent nach der "Intensität der tatsächlichen Stellung" (S. 71) die Getäuschten in Gewahrsamsinhaber (S. 48 ff.) und Nicht-Gewahrsamsinhaber (S. 60), welche wiederum in Gewahrsamsschutzpersonen und wirkliche Nicht-Gewahrsamsinhaber zerfallen (S. 71).

Als unproblematisch werden dann die wirklichen Gewahrsams- und Nicht-Gewahrsamsinhaber ausgeschieden:
Die Gewahrsamsübertragung des Gewahrsamsinhabers stelle eine Verfügung i.S. des oben angegebenen ersten Problemkreises dar (S. 51 ff.). Sie sei - zweiter Problemkreis - wegen der "Anerkennung durch die Rechtsordnung" (S. 56) wirksam, Gewahrsamsbruch also ausgeschlossen, da der Getäuschte unabhängig von der dinglichen Berechtigung kraft seiner Stellung als Inhaber des Gewahrsams diesen fehlerfrei übertragen könne (S. 56 f.).

Demgegenüber benutze der Täter bei Handlungen von Nicht-Gewahrsamsinhabern nicht eine bessere tatsächliche Position, sondern er lasse sie als sein Werkzeug etwas wegnehmen, was der Getäuschte ebensowenig besitze wie der Täter selbst (S. 72). Die Nicht-Gewahrsamsinhaber hätten nur ebensoviel tatsächliche Möglichkeit, über fremdes Vermögen zu verfügen, wie jeder Mensch die Möglichkeit habe, andere Leute zu bestehlen (S. 73). Ihr Verhalten entspreche daher mangels der größeren tatsächlichen Nähe nicht dem Wesen des Betrugs; es fehle an einer Verfügung. Somit komme lediglich Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht.

Die eigentlich problematischen Fälle seien die Handlungen der Gewahrsamsschutzperson, wie z.B. eines Dienstmädchens. Die Gewahrsamsschutzperson nehme eine Mittelstellung ein. Sie besitze gegenüber dem Täter eine vor der Täuschung bestehende bessere tatsächliche Beziehung und stehe auch innerhalb des Machtkreises, dem die abgeschwindelte Sache angehöre (S. 73), so daß die Herausgabe der Sache eine Verfügung darstelle (erster Problemkreis). Andererseits sei sie aber noch nicht Gewahrsamsinhaber und könne nicht mit Wirkung (zweiter Problemkreis) gegen den Gewahrsamsinhaber Gewahrsamsverfügungen vornehmen. Folglich stelle sich diesem gegenüber das Verhalten als Gewahrsamsbruch dar (S. 73 f.). Der die Gewahrsamsschutzperson täuschende Täter mache sich daher wegen Betrugs in Idealkonkurrenz (S. 80) mit Diebstahl strafbar.

Die Frage (S. 62/69), wie das tatsächliche Verhältnis des Getäuschten zum Gegenstand seiner Schädigungshandlung nach dem Sinn des § 263 beschaffen sein müsse, beantwortet SCHRÖDER also mit der tatsächlichen Nähe, die erstens zeitlich vor der Handlung des Getäuschten gegeben (S. 67/73) und zweitens größer sein müsse als die Nähe des Täters zum Verfügungsgegenstand (S. 68/74). Darüber hinaus liege gleichzeitig ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vor, wenn die Verfügung (der Gewahrsamsschutzperson) dem Berechtigten gegenüber nicht wirksam sei.

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung würde SCHRÖDER im Sammelgaragen-Fall ebenfalls einen Betrug bejahen. Ob er allerdings weiter, was OTTO [48] und SCHÜNEMANN [49] meinen, einen ideell konkurrierenden Diebstahl annehmen würde, erscheint zweifelhaft. Da der BGH [50] den Garagenwärter als Mitge-

48) ZStW 79, 76.
49) GA 69, 47.
50) BGH 18, 221 (223 f.).

wahrsamsinhaber ansah, dürfte er nach der Unterteilung SCHRÖDERs als Gewahrsamsinhaber, nicht als Gewahrsamsschutzperson einzustufen sein. Folglich könnte er nach SCHRÖDERs Auffassung wirksam verfügen, so daß ein Diebstahl ausgeschlossen wäre. Zum Diebstahl bzw. zur Anwendung des § 248 b würde SCHRÖDER jedoch im Zimmerwirtin-Fall des OLG Stuttgart kommen, wenn man den Gewahrsam der Wirtin verneint [51]. Daneben würde ein Betrug vorliegen, falls die Wirtin - was sicherlich für die oben gebildete Abwandlung [52] gilt [53] - die Stellung einer Gewahrsamsschutzperson hatte.

3) OTTO

Wann beim Dreiecksbetrug eine Verfügung des Getäuschten angenommen werden kann, ist für OTTO [54] die Frage, wann dem potentiell Geschädigten die Verfügung des Getäuschten z u g e r e c h n e t (S. 78) werden kann. Eine Zurechnung erfolge jedenfalls dann, wenn der Vermögensfremde - wie z.B. der Verkäufer in einem Ladengeschäft - mit Wissen und Wollen des Geschädigten gerade Gewahrsam übertragen soll und er sich dabei im Rahmen seiner Befugnisse (S. 78) bewege. Dies gelte auch für die Handlungen der Personen, die nicht gerade zur Gewahrsamsübertragung eingesetzt wären, wohl aber die Herrschaftssphäre des Berechtigten schützten (Gewahrsamshüter), wenn sie sich subjektiv innerhalb des Rahmens bewegten, den ihnen der Berechtigte - ausdrücklich oder durch tatsächliche Übung - objektiv eingeräumt habe (S. 84). Maßgeblich sei demnach nicht die bloße Nähe zur Sache, nicht der Mitgewahrsam (S. 80) und der Wille, für den Berechtigten zu handeln, son-

---

51) So LENCKNER, JZ 1966, 321; anders DREHER, JR 1966, 29; siehe auch DREHER, GA 1969, 57 und OTTO, ZStW 79, 82.

52) Siehe oben S. 6, zweiter Fall.

53) Ebenso SCHÜNEMANN, GA 1969, 47.

54) ZStW 79, 59 ff.

dern der von dem Berechtigten gesetzte Rahmen der Verfügungsgewalt (S. 84). Die Grenzen dieser Verfügungsposition bestimmen sich nach OTTOs Auffassung unter Zugrundelegung des Verhältnisses zum Berechtigten (S. 81) weitgehend aus der Sicht des Getäuschten [55], aber auch unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (S. 81).

Rechnet OTTO nunmehr unter diesen Voraussetzungen eine Verfügung des Vermögensfremden dem Berechtigten als eigene zu (S. 81), so bleibt kein Raum mehr für eine Wegnahme (S. 79): Diebstahl und Betrug bezüglich derselben Sache und gegenüber demselben Vermögensträger schließen bei einer Handlung einander aus (S. 101).

Dem Sammelgaragen-Urteil stimmt OTTO zu (S. 81), ebenso der oben angegebenen Entscheidung des OLG Köln (S. 81). In der Abwandlung zum Zimmerwirtin-Fall würde er zum Betrug gelangen, während er seine Stellungnahme zum (ursprünglichen)Zimmerwirtin-Fall von einer Präsizierung der tatsächlichen Umstände abhängig macht (S. 82).

4) SCHÜNEMANN und ROXIN

Wie SCHRÖDER geht SCHÜNEMANN [56] aus von einer Unterteilung der Vermögensfremden in Gewahrsamsinhaber - deren Herausgabe der Sache eine Vermögensverfügung darstelle (S. 47 f.), wodurch eine Wegnahme ausgeschlossen werde (S. 52) - und Nichtgewahrsamsinhaber, zu denen auch die Gewahrsamshüter zählen. Lediglich mit den Verfügungen der Gewahrsamshüter setzt sich SCHÜNEMANN auseinander (S. 53 ff.):

---

55) S. 84:
"... falls der Gewahrsamshüter auf Grund der Täuschung, er hielte sich in diesem objektiven Rahmen, die Sache herausgibt."
S. 82:
"... so konnte, mußte und durfte die Vermieterin annehmen, daß sie ... befugt sei."

56) GA 1969, 46 ff.

In Übereinstimmung mit SCHRÖDER soll die Rechtswirksamkeit der Verfügung (S. 48) das Abgrenzungskriterium zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft sein. Eine wirksame Verfügung über den Gewahrsam des Sachherrn setze voraus, daß der Sachhüter insoweit als sein V e r t r e t e r handele, dessen Maßnahmen dem Sachherrn a l s e i g e n e zuzurechnen seien (Ergebnis: § 263); bewege sich der Hüter dagegen nicht im Rahmen einer derartigen Vertreterstellung, so breche er den Gewahrsam des Sachherrn (Ergebnis: § 242) [57]. Die "Vertretung im Gewahrsam" i.S. einer Fremdzurechnung entspreche dem zivilrechtlichen Problem, wann eine vom Besitzdiener ohne Willen des Besitzers fortgegebene Sache abhanden gekommen sei (S. 53 f.). Nach einer neuen im Zivilrecht vordringenden Auffassung liege eine gültige dem Besitzer zurechenbare Besitzübertragung immer dann vor, wenn der Besitzdiener generell zur Besitzübertragung befugt sei und diese Befugnis nur im Einzelfall versehentlich oder irrtumsbefangen ausübe (S. 54). Die "generelle Befugnis" bedeute in der Sache nichts anderes als eine Art General- oder Spezial-, Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.

Auf den konkreten Strafrechtsfall bezogen treffe ein getäuschter Handlungsgehilfe eine gegenüber dem Prinzipal wirksame Verfügung, da sein Handeln durch eine Art Anscheinsvollmacht gedeckt sei (S. 55).

Der Parkwächter im Sammelgaragen-Urteil verfüge wirksam auf Grund einer Art Duldungsvollmacht. In beiden Fällen sollen die dem Gewahrsamshüter bekannten Umstände maßgeblich sein (S. 55).

Im Ergebnis richtig sei auch das Stuttgarter Zimmerwirtin-Urteil: Für die Wirtin stelle sich kein Sachverhalt dar, der von einer tatsächlich erteilten Vertretungsbefugnis gedeckt werde, vielmehr werde die Wirtin gerade über das Bestehen einer Vertre-

---

57) So im wesentlichen schon OTTO, siehe oben S. 29 f.

tungsbefugnis getäuscht (S. 55). Anders sei es in der Abwandlung [58] zu diesem Fall, in dem gerade eine Ermächtigung der Wirtin vorliege.

Der Auffassung SCHÜNEMANNs hat sich ROXIN [59] offenbar angeschlossen.

5) LENCKNER, WEDEKIND und GRIBBOHM

Im Lösungsansatz stimmt LENCKNER [60] mit SCHRÖDER überein: Ausgangspunkt der Frage, wie die besondere Beziehung des Getäuschten zum Verfügungsobjekt beschaffen sein muß, sei die besondere Struktur des Betrugs, nämlich die durch Täuschung bewirkte Selbstschädigung des Opfers. Die betrugsbegründende Beziehung des getäuschten Dritten sei dann gegeben, wenn er bildlich gesprochen im "Lager" des Geschädigten stehe; benutze der Täter dagegen einen gutgläubigen Extraneus, um in den Besitz der Sache zu gelangen, so sei dieser das Werkzeug eines von außen her geführten Angriffs, und es komme nur Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht (S. 321). Auf Grund dieser wesensbezogenen Differenzierung kommt es nach LENCKNERs Auffassung auf die Gewahrsamsverhältnisse nicht entscheidend an (S. 321).

Ob LENCKNER neben dem Dreiecksbetrug einen schadensgleichen, ideell konkurrierenden Diebstahl für möglich hält, erscheint zweifelhaft. Zwar spricht seine These von der Verbindung der Vermögensverfügung mit einer Wegnahme sehr für diese Annahme, doch wird nicht ganz klar, ob er eine dem Betrüger zurechenbare Wegnahme i.S. des § 242 oder nur objektiv einen Gewahrsamsbruch des Getäuschten ohne Bejahung des Diebstahlstatbestands meint. Auch letzteres wäre ein Indiz dafür - und nur

58) Siehe oben S. 6.
59) JuS 1969, 372 (375 f.)
60) JZ 1966, 320.

darum geht es LENCKNER in dem dortigen Zusammenhang -, daß die Gewahrsamsverhältnisse kein betrugsbegründendes Kriterium darstellen.

Dem Zimmerwirtin-Urteil stimmt LENCKNER mit anderer Begründung im Ergebnis zu. Ein Betrug entfalle, da der Angriff auf die fremde Rechtssphäre hier allein von außen erfolge, indem der Täter lediglich die leichtere Wegnahmemöglichkeit durch den Dritten ausnütze. Zu einem anderen Ergebnis würde LENCKNER wohl in der Abwandlung [61] dieses Falles gelangen. Dem Sammelgaragen-Urteil pflichtet LENCKNER bei, ohne daß ganz deutlich wird, ob er daneben noch einen ideell konkurrierenden Diebstahl annehmen will.

Wie LENCKNER greift WEDEKIND [62] eine Wesensschau auf, um den Betrug vom Diebstahl abzugrenzen: Der Betrüger dringe immer nur bis an die äußere Grenze des fremden Herrschaftsbereichs vor und lasse sich unter Anwendung einer List das Zueignungsobjekt aus dem Gewahrsamsraum des Berechtigten herausreichen. Insoweit respektiere er daher die fremde Machtsphäre. Der Dieb dagegen mißachte die tatsächliche Herrschaftsgewalt des Gewahrsamsinhabers unmittelbar und durchdringe eigenmächtig die Grenzen des fremden Rechtskreises. Diebstahl und Sachbetrug unterschieden sich daher grundlegend durch den räumlichen Standort des Täters in bezug auf die Machtsphäre des Betroffenen. Während sich der Betrüger bei der Tatbegehung immer nur am Rande des ihm nicht zugänglichen Herrschaftsraums aufhalte, lange der Dieb mit seiner Wegnahmehandlung - wozu er freilich auch einen Dritten als gutgläubiges Werkzeug benutzen könne - unmittelbar in den fremden Gewahrsamsbereich hinein [63]. Idealkonkurrenz von Dreieckssachbetrug zum Nachteil des Eigen-

---

61) Siehe oben S. 6.

62) Diss. S. 54 - 57.

63) Ähnlich schon SCHRÖDER, ZStW 60, 70; LENCKNER, JZ 1966, 321.

tümers und schadensgleichem Diebstahl sei daher ausgeschlossen (S. 51/56).

In den Fällen der Täuschung einer gutgläubigen Gewahrsamsschutzperson komme nur Betrug, nicht Diebstahl in Betracht (S. 56). Außerhalb des Machtkreises seines Geschäftsherrn dagegen stehe der Gewahrsamsdiener dann, wenn er sich eine Sache des Geschäftsherrn (bösgläubig) selbst aneignen wolle; die wissentliche Aufgabe seiner Gewahrsamsschutzposition führe zur Anwendung des § 242 (S. 56 Fn. 3).

Während GRIBBOHM früher [64] noch den BGH kritisiert hatte und im Sammelgaragen-Urteil und entsprechenden Fällen der gutgläubigen Mitgewahrsamsinhaberschaft Idealkonkurrenz von Diebstahl und Betrug für möglich gehalten hatte, hat er sich nunmehr [65] WEDEKIND angeschlossen.

6) DREHER

Für die Unterscheidung von Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft kommt es nach der Auffassung DREHERs darauf an, ob der Dritte für den Täter als dessen Werkzeug wegnehme oder an Stelle des Geschädigten weggebe [66]. Eine Verfügung des Dritten setze zweierlei voraus. In objektiver Hinsicht müsse bereits eine faktische Einwirkungsmöglichkeit auf die dem Dritten nahe stehende Sache bestehen. Darunter versteht DREHER nicht (Mit-)Gewahrsam oder Verfügungsbefugnis [67], sondern die rein tatsächliche Fähigkeit des Dritten, auf die

64) JuS 1964, 233.
65) NJW 1967, 1897.
66) JR 1966, 29 (30); GA 1969, 56 (59); DREHER, § 263 Anm. 4 A.
67) JR 1966, 29 (30); § 263, 3 B.

Sache physisch einzuwirken; dies könne auch durch rechtswidriges, ja strafbares Handeln geschehen, beispielsweise indem die Zimmerwirtin mit einem vor der Mieterin verheimlichten Zweitschlüssel unbefugt in deren Zimmer eindringe und dann die Wagenschlüssel herausgebe. In subjektiver Hinsicht verlangt DREHER, daß der Dritte nach seiner Vorstellung und nach dem Verhalten des Täters nicht die Rolle eines Werkzeugs für diesen spiele, sondern für den Geschädigten an dessen Stelle dessen Willen erfüllen wolle [68].

Unter Anwendung dieser Grundsätze gelangt DREHER in seiner Besprechung des Stuttgarter Zimmerwirtin-Urteils zur Annahme eines Betrugs [69].

7) WELZEL, LEIBROCK und MAURACH

WELZEL [70] hat sich mit der Betonung der Gewahrsamsverhältnisse im wesentlichen der Meinung SCHRÖDERs angeschlossen. Der einzige Unterschied besteht darin, daß WELZEL nicht nur im Falle des Gewahrsamsdieners, sondern auch bei dem untergeordneten Mitgewahrsamsinhaber Diebstahl und Betrug zum Nachteil des Eigentümers in Idealkonkurrenz für möglich hält.

Die Selbstschädigung - das Wesen des Betrugs - und im Gegensatz dazu die Fremdschädigung - das Wesen des Diebstahls - sollen nach der Auffassung von LEIBROCK [71] die entscheidenden Abgrenzungskriterien bilden. Eine Selbstschädigung liege immer dann nicht vor, wenn der Schaden durch eine Fremdschädigung, also durch den Bruch fremden Gewahrsams, herbeigeführt werde.

---

68) JR 1966, 29 (30) u. GA 1969, 56 (60).

69) JR 1966, 29 (30).

70) Lehrbuch, S. 372.

71) Diss. S. 165 f., 167; Lösungsansatz wie bei SCHRÖDER, LENCKNER und WEDEKIND.

Sei kein Gewahrsamsbruch des Getäuschten gegeben, so sei ein Betrug, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorliegen, zu bejahen. Hat die getäuschte Mittelsperson keinen Gewahrsam an der Sache - was auch für den Gewahrsamsgehilfen gilt -, so komme wegen der Wegnahme nur Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht (S. 173 - 181, 184), bei Alleingewahrsam grundsätzlich nur Betrug (S. 181 f.). Bei gleich- oder untergeordnetem Mitgewahrsam des Getäuschten läge hinsichtlich des Mitgewahrsams des Geschädigten (Identitäts-)Betrug (S. 193) in Idealkonkurrenz (S. 200 ff.) zu Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vor.

Widersprüchlich ist die Auffassung von MAURACH. Während er sich in seiner Fallsammlung [72] der Entscheidung des BGH 18, 221 anschließt, heißt es ohne nähere Begründung in dem Lehrbuch [73], daß der BGH 18, 221 zu Unrecht Betrug bejahe.

B. DER EIGENE LÖSUNGSVORSCHLAG

I. DIE PERSONENVERSCHIEDENHEIT UND IHRE AUSWIRKUNG AUF DIE STELLUNG ALS BETROGENER

1. Die Personenverschiedenheit

Dieser Begriff bedarf noch einer Erläuterung.

Personenverschiedenheit liegt jedenfalls dann vor, wenn der getäuschte Verfügende und der potentiell Geschädigte zwei verschiedene natürliche Personen sind. Kommt jedoch als Geschädigter [1] eine juristische Person in Betracht, so ergeben sich gewisse Schwierigkeiten. Da eine juristische Person kein natürliches Gebilde ist, ergibt sich die Frage, ob überhaupt sie selbst (oder nur ihre Organe?) getäuscht werden kann, so daß verneinendenfalls dann immer Personenverschiedenheit

---

72) FuL, S. 48 (50).

73) BT, S. 313.

1) Demgegenüber regelt § 50 a den Fall, daß auf der Täterseite eine juristische Person steht.

vorläge [2].

Zu diesem Ergebnis würde die im Zivilrecht früher vertretene, aus dem römischen Recht stammende [3] Fiktions- [4] oder Vertretertheorie gelangen. Sie versteht die juristische Person als eine handlungsunfähige Person, die ganz wie handlungsunfähige natürliche Personen durch ihre Vertreter vertreten wird; die Handlungen dieser Vertreter (vorausgesetzt, daß sie im Namen der juristischen Person und innerhalb der Vertretungsmacht vorgenommen sind) berechtigen und verpflichten die juristische Person, gelten aber nicht als Handlungen der juristischen Personen selbst [5].

Demgegenüber wird nach der heute allgemein [6] vertretenen Theorie der realen Verbandspersönlichkeit oder Organtheorie die juristische Person als selbsthandelnd gedacht, als handelnd durch ihre Organe [7], deren Handlungen innerhalb der ihnen zustehenden Verrichtungen als Handlungen der juristischen Person selbst gelten [8]. Der Wille des Organs gilt als

---

2) So JOHANNES, S. 15.

3) ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 617.

4) STAUDINGER-COING, Einleitung Rdnr. 20 vor § 21.

5) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O.

6) Für andere:
ERMAN - H. WESTERMANN, § 26, 1; PALANDT-DANCKELMANN, Einf. 3 vor § 21, STAUDINGER-COING, § 26 Rdnr. 10.

7) Organ ist, insbesondere wer durch die Organisationsbestimmungen, welche das Leben der juristischen Person beherrschen, berufen ist, bei der für sie maßgebenden Willensbildung mitzuwirken oder sie zu vertreten, z.B. der Vereinsvorstand, der Vorstand einer AG usw., STAUDINGER-COING, Einleitung Rdnr. 20 vor § 21.

Wille der juristischen Person [9]. Die h.M. versteht also die juristische Person nicht nur als Rechtssubjekt i.S. eines Trägers von Rechten, sondern auch als Willenssubjekt. Wenn daher die Verwaltungsperson als der eigentliche Rechtsträger die juristische Person selbst ist [10], so könnte man bei deren Täuschung von einem Identitätsbetrug sprechen. Dagegen läßt sich allerdings einwenden, daß strafrechtlich gesehen die juristische Person als solche eben doch nicht getäuscht werden kann, daß also sie von ihrem Organ zu unterscheiden ist. Dann allerdings käme bei einer betrügerischen Schädigung einer juristischen Person immer nur ein Dreiecksbetrug in Betracht. Letztlich kann diese Frage aber als rein akademisches Problem offen bleiben: Im Falle einer Identität ist eine besondere Beziehung des Verfügenden zum Geschädigten im Hinblick auf das Verfügungsobjekt ohnehin nicht erforderlich, im Falle einer Personenverschiedenheit liegt diese Beziehung aber - wie noch unter näher ausgeführt wird - hinsichtlich eines Organs einer juristischen Person vor.

2. Der Betrogene

Steht beim Betrug auf der Opferseite nur eine Person, so kann nur sie "Betrogener" sein; fallen dagegen Verfügender und Geschädigter auseinander, so wird die Frage akut, gegen wen sich der Betrug richtet. Die Stellung als Betrogener ist nämlich beispielsweise der Anknüpfungspunkt für das Antragserfordernis der §§ 263 Abs. 4 [11] und 264 a Abs. 3, die Straflosigkeit nach § 264 a Abs. 4 und das Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO.

---

9) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 618.

10) PALANDT-DANCKELMANN, Einf. 3 vor § 21.

11) StGB in der Fassung vom 1. Sep. 1969. Diese Vorschrift entspricht § 263 Abs. 5 in der Fassung vom 25. Aug. 1953.

Die Straftat richtet sich nur gegen den, der Träger des geschützten und verletzten Rechtsguts ist [12]. Geschütztes Rechtsgut des § 263 ist jedenfalls (auch) das Vermögen [13], so daß sich ein Betrug immer (auch) gegen den Geschädigten wendet.

Fraglich kann nur sein, ob das Vermögen das alleinige Schutzgut des § 263 bildet oder ob daneben noch andere Rechtsgüter geschützt werden. Als solche kommen in Betracht: die Wahrheit [14], Treu und Glauben [15], diese beiden Werte zusammen [16], der wahre Wille des Getäuschten [17], die Freiheit [18] oder das fremde Vertrauen [19].

Die Unrichtigkeit dieser Rechtsguttheorien kann man auf zweier-

---

12) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 147; MAURACH, BT, S. 303; siehe jedoch den weitergehenderen Begriff bei ROXIN, PdW, Nr. 173 für das Klageerzwingungsverfahren.

13) Nach KEMPERMANN, ZStW 57 (1938), S. 126 (146, 148) ist der Betrug nur "Fälschung" und nicht gegen das Vermögen gerichtet.
KOHLRAUSCH sieht das Wesen des Betrugs in der Ausbeutung, Täuschung fremden Vertrauens (Schlegelberger-Festschrift, S. 207, 202). Ob er allerdings — was NAUCKE, a.a.O., S. 104, meint - das Vermögen als Rechtsgut des Betrugs ablehnt, erscheint nicht zweifelsfrei, da seine Erörterungen unter dem Thema "Vermögensverbrechen ..." stehen.
Die Auffassung vom Betrug als Nicht-Vermögensdelikt steht im Widerspruch zu dem klaren Gesetzeswortlaut und wird daher zu Recht heute nicht mehr vertreten.

14) FREISLER, DJ 1941, 478 (493).

15) HAFTER, S. 258 Anm. 1; v. CLERIC, S. 95 f. (98/99) m.w.N.

16) BORST, JW 1935, 1221 (1222); MEZGER, BT, 2. Aufl., S. 147; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 7. Aufl., § 263 I.

17) FRANK, § 263 I.

18) LOBE, LK, 4. Aufl., § 263, 1; RG 44, 230 (234).

19) KOHLRAUSCH, Schlegelberger-Festschrift, S. 202, 207; siehe auch oben Fn. 13.

lei Weise aufzeigen. Mit NAUCKE [20] kann man nachweisen, daß teilweise die Theorien nicht wissenschaftlich begründet worden sind; sie waren aktuell namentlich unter dem Einfluß des nationalsozialistischen Rechtsdenkens, welches zu Unrecht bestrebt gewesen war, den Betrugstatbestand zu entmaterialisieren und, Zweck und Mittel austauschend, die Lüge zum Zentralpunkt des Tatbestandes zu erheben [21].

Man kann aber auch vom Betrugstatbestand her argumentieren: Zunächst muß eingeräumt werden, daß als Anknüpfungspunkt für ein weiteres Rechtsgut das Tatbestandsmerkmal der Täuschung [22] in Betracht kommen könnte. Aus diesem Erfordernis könnte auf ein Rechtsgut der Wahrheit, von Treu und Glauben oder des wahren Willens geschlossen werden. Als systematisch-konstruktive Parallele bietet sich der Raub- und Erpressungstatbestand an. § 253 schützt nach heute einhelliger Meinung sowohl das Vermögen als auch die persönliche Freiheit [23]; entsprechend werden bei § 249 als Rechtsgüter das Schutzgut des Diebstahls [24] und daneben auch die persönliche Freiheit angesehen [25]. Bei der Erpressung und bei dem Raub stellen also die M i t t e l des Tatbestandserfolges - Nötigung bzw. die Gewalt oder Drohung - ein eigenes Rechtsgut dar, nämlich die persönliche Freiheit; ebenso könnte es beim Betrug hinsichtlich des M i t t e l s der Täuschung sein. Diese Folgerung könnte man

---

20) A.a.O., S. 105.

21) MAURACH, BT, S. 302.

22) Siehe oben S. 3, Fn. 18.

23) Für andere:
JAGUSCH, LK, § 253, 1; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 253 Rdnr. 1;
MAURACH, BT, S. 288; BGH 1, 13 (20).

24) Siehe unten Fn. 27.

25) Für andere:
FRANK, § 249 Anm. I; DREHER, § 249 Anm. 1; KOHLRAUSCH-LANGE, § 249 Anm. VII; LACKNER-MAASSEN, § 249 Anm. 5, JAGUSCH, LK, § 249 Anm. 1; MAURACH, BT, S. 247; MEZGER-BLEI, BT, S. 154; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 249 Rdnr. 1; WELZEL, S. 359.

auch aus einem Vergleich [26] des Betruges mit dem Diebstahl ziehen, der Eigentum und Gewahrsam [27] schützt [28].
Das würde allerdings voraussetzen, daß durch die Täuschung überhaupt ein selbständiges, schutzwürdiges Rechtsgut [29] betroffen sein kann. Die Lüge als Verletzung der Wahrheit ist moralisch verwerflich. Rechtlich relevant wird sie jedoch lediglich in außerstrafrechtlichen Bereichen, wie z.B. in § 123 BGB oder - in einem gewissen Umfang - im historischen crimen falsi [30], mit dem ein "Recht auf Wahrheit" geschützt werden sollte [31]. Im geltenden Strafrecht einschließlich des Nebenstrafrechts findet sich kein Anhaltspunkt für ein selbständiges Schutzgut der Wahrheit [32]. Das gilt in gleicher Weise für Treu und Glauben sowie den Schutz des fremden Vertrauens [33]. MAURACH [34] führt dafür zu Recht als Grund an,

---

26) Ausführlich GALLAS, ZdAkDR 1940, 246.

27) So die h.M.:
BGH 10, 400 (401); FRANK, § 247 I; HEIMANN-TROSIEN, LK, 9. Aufl., § 242 Vorbem. 5, KOHLRAUSCH-LANGE, Bem. I vor § 242; LACKNER-MAASSEN, § 242, 1; LAMPE, GA 1966, 228; MAURACH, BT, S. 195; MEZGER-BLEI, BT, S. 134; WELZEL, S. 347;
anderer Ansicht:
SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 242 Rdnr. 1, wonach der Gewahrsam keinerlei Strafrechtsschutz genießt.

28) Aus diesem Grunde ist auch das Argument, der Betrug sei deshalb ein reines Vermögensdelikt, weil die Täuschung lediglich das Mittel der Vermögensbeschädigung sei, nicht stichhaltig: Es wird übersehen, daß auch bei der Erpressung die Nötigung und beim Diebstahl die Wegnahme lediglich die Mittel sind.

29) MERKEL, Abh., S. 79.

30) Ausführlich MERKEL, Abh., S. 33 ff.

31) BOCKELMANN, Kohlrausch-Festschrift, S. 241.

32) So schon MERKEL, Abh., S. 79.

33) § 266 schützt auch nur das Vermögen, nicht das fremde Vertrauen:
R. HIRSCHBERG, S. 359 Fn. 85; KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. I vor § 263; LACKNER-MAASSEN, § 266, 2; JAGUSCH, LK, § 266, 1; MAURACH,BT,S.336; MEZGER-BLEI, BT, S. 214; WELZEL, S.384; nicht festgelegt SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 266 Rdnr. 1;
a.A.:
KOHLRAUSCH-LANGE, 34. Aufl., Vorbem. 1 vor § 263 "Ausbeutung fremden Vertrauens".

34) BT, S. 303.

daß dem Gesetzgeber der allgemeine Begriff der Redlichkeit zu verschwommen erschien. Deswegen sind auch im UWG, obwohl gerade hier ein isolierter Vertrauensschutz nahegelegen hätte, nur Angriffe gegen das Vermögen unter Strafe gestellt [35].

Während also ein selbständiger strafrechtlicher Schutz der Wahrheit, des fremden Vertrauens oder von Treu und Glauben im Gesetz nicht vorgesehen ist, kann man das vom "wahren Willen" und der "Freiheit" i.S. einer Willensfreiheit nicht behaupten; letztere erlangen insbesondere Bedeutung als Schutzgüter der §§ 234 ff., 240. Allerdings ist in § 240 - der allgemeinen Strafnorm zum Schutze der Willensfreiheit - die freie Willensentschließung und Willensbetätigung [36] nicht schlechthin gegen jeden Angriff geschützt, sondern nur vor Verletzungen mittels Gewalt oder Drohung. Daß die Täuschung mangels zwangsverursachender Wirkung als Verletzungsmittel nicht genannt ist [37], indiziert gerade, daß die Willensfreiheit ganz allgemein vor diesem Angriffsmittel strafrechtlich nicht geschützt ist [38]. Nach allem ist der h.M. [39] zu folgen, die als Rechtsgut des Betrugs ausschließlich das Vermögen ansieht [40].

---

35) MAURACH, a.a.O.

36) Nach überwiegender Meinung ist dies das Schutzgut des § 240, siehe z.B. MAURACH, BT, S. 112.

37) Dagegen ist z.B. in §§ 234, 235, 237 die List genannt.

38) Im Ergebnis ebenso MERKEL, Abh., S. 79.

39) RG 74, 167; BGH 7, 197 (198); BOCKELMANN, Kohlrausch-Festschrift, S. 240 u. 242 Fn. 29; CRAMER, S. 207; DREHER, § 263, 1 a; GALLAS, Eb.-Schmidt-Festschrift, S. 401 Fn. 1 u. ZdAkDR 1940, 246; GERMANN, S. 264 für das schweiz. Recht; JAGUSCH, LK, § 263 Anm. 1; KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. I vor § 263; LACKNER-MAASSEN, § 263 Anm. 2; LEIBROCK, Diss. S. 18; LENCKNER, Diss. S. 32; MAURACH, BT, S. 302; MEZGER-BLEI, BT, S. 181; NAUCKE, S. 103; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 1 c; WELZEL, S. 368; WIDMAIER, JuS 1970, 243.

40) LAMPE, GA 1966, 225 Fn. 6 wirft der h.M., die in § 263 nur das Vermögen, in § 253 Vermögen und Freiheit schützen will, Inkonsequenz vor, da somit die Erpressung zu einem qualifizierten Fall des Betrugs gemacht werde. Diese

II. DER LÖSUNGSWEG

Die Themenproblematik soll nunmehr in der Weise erörtert werden, daß anhand von unstreitigen Betrugssachverhalten im Vergleich zum Diebstahl die Typik, das Wesen des Betrugs ermittelt wird [41]. Es sollen dann aus der Typik Erkenntnisse für die Problemlösung gewonnen werden: Ein vorläufiger Lösungsvorschlag wird als These entwickelt. Er wird überprüft und verfeinert, indem er auf Fallkonstellationen angewendet wird, deren Lösungen an der Betrugstypik gemessen werden. Am Ende dieses Anpassungsvorganges soll dann ein endgültiger Lösungsvorschlag stehen.

III. DIE BETRUGSTYPIK

Das Wesen einer Strafvorschrift kann erfaßt werden durch die Typik des Erfolgs, die Typik des Täters und die Typik des Handelns [42]. Die Betrugstypik soll problembezogen erörtert werden. Es gilt daher im Vergleich zum Diebstahl das Übereinstimmende, besonders aber auch die Unterschiede festzustellen.

Folgerung LAMPEs ist nicht richtig. Gerade die Verschiedenheit der Rechtsgüter spricht eher gegen die Annahme einer Qualifizierung i.S. einer unselbständigen Abwandlung (vgl. BAUMANN, S. 122; JESCHECK, S. 181/182; anders MEZGER, LK, Anhang 3 zur Einleitung vor § 1, S. 43). Entscheidend ist aber, daß das eine Qualifizierung kennzeichnende Schichtungsverhältnis (MAURACH, Materialien Bd. 1, S. 250/251) zum Grundtatbestand im Verhältnis von § 263 zu § 253 nicht gegeben ist.

41) SCHÜNEMANN, GA 1969, 46 (56), äußert Bedenken an einer Lösung, die von der Betrugstypik ausgeht. Erst n a c h der Lösung der Dreiecksproblematik sei der Weg für eine typologische Betrachtungsweise frei. Dem ist entgegenzuhalten, daß eine Lösung der Dreiecksproblamtik ohne den Maßstab der Typik keine Gewähr der Richtigkeit bietet. Ebenfalls kritisch ELLSCHEID, GA 1971, 161 (165), der darauf hinweist, daß eine Wesensschau kein Argument, sondern nur eine "schlichte "Behauptung(en)" liefere. Der von E. vorgeschlagene Weg, auf die "ratio der Personalisierung des Betruges" abzustellen, erscheint allerdings auch nicht besser.

42) In diesem Sinne LAMPE, GA 1966, 225 ff.

Ein Betrug vollzieht sich, indem der Täter in Bereicherungsabsicht sein Opfer über eine Tatsache täuscht, dadurch in ihm einen Irrtum hervorruft, welcher ihn zu einer Vermögensverfügung veranlaßt, die unmittelbar einen Vermögensschaden herbeiführt. Somit kennzeichnet der Vermögensschaden den Betrugserfolg [43], die Bereicherungsabsicht den Täter und die Täuschung, die in Verbindung mit der Verfügung des Getäuschten gesehen werden muß, stellt sich als Betrugshandlung dar.

1. Die Erfolgstypik

Unter Erfolg einer Straftat ist hier [44] die Rechtsgutverletzung [45] zu verstehen. § 263 schützt ausschließlich das Vermögen [46]. Der Erfolg des Betrügers besteht also aus der Sicht des Geschädigten in der Vermögensbeeinträchtigung. Demgegenüber sieht die h.M. [47] als Rechtsgut des Diebstahls [48] das Eigentum und den Gewahrsam an. Diese speziellen Vermögensbestandteile des Eigentums und Gewahrsams werden in der Regel auch von der Betrugsvorschrift erfaßt, die darüber hinaus noch sämtliche anderen Vermögensteile schützt [49]. Diese Verschiedenheit im Rechtsgutumfang wirkt sich jedoch für das vorliegende Problem regelmäßig nicht aus, da Abgrenzungs-

---

43) Zu diesem Begriff siehe die folgende Fußnote.

44) Eine andere Bedeutung wird dem Begriff "Erfolg" i.S. eines "Erfolgsdelikts" beigemessen, siehe JESCHECK, S. 177; BAUMANN, S. 189.

45) LAMPE, a.a.O., S. 225.

46) Siehe oben S. 42.

47) Siehe oben S. 41, Fn. 27.

48) Im folgenden wird im wesentlichen nur der Diebstahl untersucht. Entsprechendes gilt auch für die Unterschlagung.

49) Betrug ist - worauf schon oben hingewiesen wurde - ein Vermögensdelikt i.e.S., Diebstahl eines i.w.S.; siehe R. HIRSCHBERG, S. 3 ff.

schwierigkeiten zwischen Betrug und Diebstahl nur auftauchen können, wenn es sich bei dem Handlungsobjekt [50] um eine Sache handelt. Dann aber besteht faktische Rechtsgutübereinstimmung - sofern die Sache einen Vermögenswert besitzt -, schützt doch insoweit § 263 auch nicht mehr als die tatsächliche und rechtliche Sachherrschaft.

Freilich scheidet ein Betrug dann aus, wenn die Sache ausnahmsweise wertlos ist; in diesen seltenen Fällen kann also als Straftat nur Diebstahl oder ein anderes Eigentumsdelikt in Betracht kommen. Davon abgesehen läßt sich jedoch aus der Differenzierung nach den Rechtsgütern eine Lösung des Themenproblems nicht herleiten.

2. Die Tätertypik

Es fragt sich, ob ein Abgrenzungsmaßstab aus den täterbezogenen Tatbestandsmerkmalen gewonnen werden kann, also aus der Absicht der rechtswidrigen Bereicherung und der Absicht der rechtswidrigen Zueignung.

In einer Kombination der Substanz- und Sachwerttheorie wird heute gewöhnlich unter Zueignung die Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung über die Sache verstanden, indem der Täter entweder diese selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverleiben, sich also wirtschaftlich an die Stelle des Eigentümers setzen will [51]. Eine Bereicherungsabsicht dagegen liegt immer schon dann vor, wenn der Täter für sich oder einen Dritten einen wie auch immer

---

50) Der Begriff wurde von OPPENHEIM, S. 154, geprägt. JESCHECK, a.a.O., S. 177, und MAURACH, AT, S. 182, verwenden ihn synonym zu "Angriffsobjekt". Anders R. HIRSCHBERG, S. 274 Fn. 17 und S. 347.

51) Für andere: SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 242 Rdnr. 45 m.w.N.

gearteten Vermögensvorteil erstrebt, dessen Gegenstück auf Seiten des Opfers der Vermögensnachteil sein muß [52]. In der Tendenz beider Straftaten liegt auf Seiten des Täters ein Erwerbsvorgang. Aus diesem Grund hat HEGLER [53] Diebstahl und Betrug zu den "Vermögensverschiebungsdelikten" gezählt im Gegensatz zu den "reinen Vermögensentziehungsdelikten" wie z.B. der Sachbeschädigung. Da jedoch der Erwerbsvorgang, also der Vermögensvorteil bzw. die Aneignung, jeweils nicht als objektive Tatbestandsmerkmale [54] ausgestaltet sind, die Straftat vielmehr schon durch die Schädigung bzw. die Wegnahme bei vorliegender Absicht vollendet ist, spricht man insoweit von "überschießender Innentendenz" und "kupiertem Erfolgsdelikt" [55]. Wegen dieser Parallelität zwischen Diebstahl und Betrug ist dieser Gesichtspunkt allerdings kein taugliches Abgrenzungskriterium, ebensowenig die aus der Bereicherungsabsicht hergeleitete Stoff- oder Substanzgleichheit:
In den zu lösenden Problemfällen, in denen das Deliktsobjekt immer eine Sache ist, wird dieses Erfordernis auf Grund der Sachidentität bei der Vermögensverschiebung regelmäßig erfüllt.

Unterschiede weisen die Absichten in § 263 und in § 242 allerdings im personellen Umfang und materiellen Inhalt auf: Für den Betrug genügt die Absicht, einen Dritten zu bereichern, während zur Diebstahlsverwirklichung die beabsichtigte

---

52) Für andere: MAURACH, BT, S. 328.

53) VDB VII, S. 407 f.

54) WELZEL, S. 339 f., 350, dagegen versteht die "Zueignung" nicht nur subjektiv, sondern objektiv. De lege ferenda (!) ebenso LAMPE, GA 1966, 227 ff. mit eingehender Begründung.

55) MAURACH, BT, S. 204 und S. 303.

Zueignung der Sache an einen Dritten nicht ausreicht [56]. Damit kann zwar bei einem fremdnützigen [57] Verhalten des Täters mangels Zueignungsabsicht ein Diebstahl ausscheiden, womit indes ein Abgrenzungsmaßstab bei eigennützigem Verhalten nicht gewonnen ist.

Ähnliches gilt hinsichtlich des verschiedenen Inhalts der Absichten: Die Zueignungsabsicht erfaßt insofern einen weiteren Bereich, als sie eine erstrebte Bereicherung nicht verlangt [58] [59], so daß dann ein Betrug jedenfalls mangels Schadens oder mangels Bereicherungsabsicht [60] ausscheiden müßte. Andererseits kann eine Bereicherung auch bei der bloßen Gebrauchsanmaßung gegeben sein, mit der Folge, daß zwar Diebstahl mangels Zueignungsabsicht entfiele, im übrigen aber die Problematik sich auf die Abgrenzung des § 263

---

56) Nach anderer Auffassung ist das Merkmal "sich zueignen" i.S. von "sich oder einem anderen zueignen" auszulegen, Nachweise bei PAULUS, S. 117 Fn. 4. Dann bestünde auch insoweit Übereinstimmung zur Bereicherungsabsicht. Dieser Meinung ist jedoch wegen des entgegenstehenden klaren Wortlauts und aus dem von PAULUS, S. 210 ff., angeführten Gründen nicht zu folgen.

57) Auch eine Drittzuwendung kann ein "Sich-Zueignen" darstellen. Unter der notwendigen Voraussetzung einer rechtlichen oder tatsächlichen unmittelbaren oder mittelbaren Herrschaftsbeziehung zur Sache manifestiert der Täter seinen "Eigentümerwillen" und damit die inhaltlich erfolgte Sachsubstanz-Überführung in sein Vermögen formal-erscheinungsbildlich in der entgeltlichen oder unentgeltlichen Übertragung des angemaßten faktischen Eigentums auf den Erwerber, PAULUS, S. 212.

58) Für andere: SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 242 Rdnr. 44; a.A. für Geldscheine u. -stücke, ROXIN, Mayer-Festschrift, S.469 ff., dem sich HEIMANN-TROSIEN, LK, 9. Aufl., § 242 Rdnr. 71 und - noch weitergehend - GRIBBOHM, NJW 1968, 240, angeschlossen haben. Nach dieser Ansicht entfiele insoweit der Unterschied zur Bereicherungsabsicht des § 263.

59) Schulbeispiele: Diebstahl einer wertlosen Sache; Diebstahl eines Gutes unter Zurücklassung seines Wertes. Siehe auch oben S. 45.

60) Kennt der Täter nicht das Fehlen des Schadens oder der Bereicherung, so kommt versuchter Betrug in Betracht.

von § 248 b verlagern würde [61]; zwar können auch diese Sachverhalte als nicht abgrenzungsbedürftig ausgeklammert werden, freilich ohne daß dadurch ein Fortschritt im Hinblick auf eine generelle Problemlösung erzielt worden ist.

3. Die Handlungstypik

Die maßgebliche Differenzierung ist demnach im Bereich der Handlungstypik zu suchen [62].

a) Der Identitätsbetrug

Auszugehen ist von dem Normalfall des Betrugs, dem Identitätsbetrug.

Die Betrugshandlung besteht in der "Vorspiegelung falscher" oder in der "Entstellung oder Unterdrückung wahrer "Tatsachen", kurz in der Täuschung des Opfers. Dadurch wird sein Irrtum hervorgerufen. Damit aus diesem inneren, seelischen Vorgang das nächste, ausdrücklich genannte Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung entstehen kann, ist eine Umsetzung in die Außenwelt in Form einer Verhaltensweise des Opfers erforderlich. Diese Verhaltensweise wird gewöhnlich als Vermögensverfügung bezeichnet [63].

Anders nimmt beim Diebstahl der Täter selbst - auch wenn er sich eines Werkzeugs bedient - die Sache dem Opfer weg. Be-

---

61) So z.B. in dem Wirtin-Fall des OLG Stuttgart, siehe oben S. 6.

62) Sämtliche Vermögensdelikte i.e.S. werden im übrigen durch die Eigenart ihrer Begehungsform charakterisiert, so richtig R. HIRSCHBERG, S. 338; dies verkennt NITSCHKE, Diss. S. 21, der meint, damit würde auf "Nebenerscheinungen" abgestellt.

63) Siehe oben S. 1 ff.

zogen auf das Subjekt der schadenstiftenden Handlung ergibt sich also, daß Betrug als "Selbstschädigung" [64] und Diebstahl als "Fremdschädigung" zu charakterisieren ist.

Der Selbstschädigungscharakter des Betrugs findet auch darin seinen Ausdruck, daß man seine Struktur als Fall der mittelbaren Täterschaft [65] begreift [66] [67]. KITZINGER [68] hat schon 1923 auf dieses Phänomen hingewiesen. Ihm folgend bezeichnete SCHRÖDER [69] den Betrüger immer als mittelbaren Täter, denn er lasse die vermögensschädigende Handlung, die ihm den Besitz an den begehrten Sachen verschaffe, durch einen Gutgläubigen als sein Werkzeug vornehmen. LENCKNER [70] verdeutlichte noch diese Konstruktion, indem er als Denkmodell unterstellte, der Gesetzgeber hätte, ohne auf die besondere Begehungsweise abzustellen, einen allgemeinen Tatbestand der Vermögensbeschädigung und -bereicherung geschaffen; ein Betrugssachverhalt würde in Form der mittelbaren Täterschaft unter diesen Tatbestand fallen, weil doch der Betrüger das irrende Opfer als tatbestandsloshandelndes Werkzeug gegen sich selbst benutzen würde. Nach alldem ist der Auffassung [71]

---

64) So die h.M.:
BINDING, Lb, S. 344; CRAMER, S. 206 u. JuS 1966, 472 (476 f.); GALLAS, Eb.-Schmidt-Festschrift, S. 421 f.; HARDWIG, GA 1956, 6 ff.; R. HIRSCHBERG, S. 339; JAGUSCH, LK, § 263, 1, KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. II vor § 263; LEIBROCK, Diss. S. 18; LENCKNER, JZ 1966, 321; MAURACH, BT, S. 303; v. OLSHAUSEN-KIRCHNER, § 263 N 56 i; OTTO, ZStW 79, 85; ROSNER, Diss. S. 14; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 3; SCHRÖDER, ZStW 60, 70 u. 83; WELZEL, S. 368 u. GA 1961, 351.

65) Siehe oben S. 6.

66) So richtig LEIBROCK, Diss. S. 19.

67) Vgl. jedoch unten Fn. 72 die Auffassung von KNOBEN.

68) S. 27.

69) ZStW 60, 70 Fn. 41.

70) Diss. S. 30.

71) Außer den schon genannten KITZINGER, SCHRÖDER u. LENCKNER: RG 28, 144; BGH 3, 4 (6); BGH 3, 110 (115), wo der Frage des rechtmäßig handelnden Werkzeugs nachgegangen wird. (b.w.)

zuzustimmen, daß der Betrugstatbestand als besondere Form der mittelbaren Täterschaft konstruiert ist.

Demgegenüber hat sich KNOBEN gegen den Selbstschädigungscharakter des Betrugs ausgesprochen. Er meint, der Betrüger könne auch selbst, neben dem Opfer, den Vermögensschaden herbeiführen [72]. Sollte diese Auffassung so zu verstehen sein, daß die schädigende Handlung unmittelbar vom Betrüger ausgeführt werden darf, so liefe sie darauf hinaus, die Erforderlichkeit der Vermögensverfügung zu verneinen. Wegen des für notwendig erachteten Tatbestandsmerkmals [73] der Vermögensverfügung könnte ihr dann nicht gefolgt werden. KNOBENs Meinung stünde allerdings nicht im Widerspruch zum Betrugstypus der Selbstschädigung i.S. des hier verwendeten Begriffes, wenn er den Betrug als eine Täterschädigung i.w.S. verstehen würde. Stellt man als Bezugspunkt für die Begriffsbildung nicht auf die eigentlich schadenstiftende Handlung (die Vermögensverfügung) ab, sondern auf die Verantwortlichkeit des Betrügers für den gesamten Tatablauf, so könnte man in der Tat den Betrug als eine Fremdschädigung i.w.S. charakterisieren. Eine solche Betrachtungsweise wäre zwar nicht falsch, aber ihr käme ein Erkenntniswert im Hinblick auf die Themenproblematik nicht zu. Gerade in der unterschiedlichen Begehungsweise von § 242 und § 263 liegt der Schlüssel für die Lösung des anstehenden Abgrenzungsproblems. Einer Auffassung, die diese Unterschiede vernachlässigt, kann daher nicht gefolgt werden.

CRAMER, S. 207; JAGUSCH, LK, § 263, 4; JESCHECK, S. 445; KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. I B 2 h vor § 47; LEIBROCK, Diss. S. 19; MAURACH, AT, S. 542; PRÖLL, GA Bd. 63 (1917), 415; ROXIN, S. 231; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 48; WELZEL, SJZ 47, Sp. 648; ZIMMERL, ZStW 49, 53/54.

72) KNOBEN, Der Grundgedanke des Betrugstatbestandes, Jena 1940, S. 44, 64, zit. nach LEIBROCK, Diss. S. 21.

73) Siehe oben S. 1 ff.

Was weiter den Inhalt der Täuschungshandlung angeht, so besteht darüber Streit, ob durch die Täuschung dem Opfer die selbstschädigende Wirkung seiner Vermögensdisposition verschleiert werden müsse [74] oder nicht [75]. Diese Frage wirkt sich dahin aus, ob die betrugstypische Selbstschädigung u n w i s s e n t l i c h erfolgen müsse oder auch b e w u ß t geschehen könne. Der Verfasser hält die zuerst genannte Auffassung für richtig. Es soll dieser Frage jedoch nicht weiter nachgegangen werden, kommt ihr doch für die Abgrenzung zum Diebstahl keine entscheidende Bedeutung zu; die Unwissentlichkeit bildet vielmehr das Unterscheidungsmerkmal zur Erpressung, welche als bewußte - nämlich durch die Nötigung veranlaßte - Selbstschädigung zu kennzeichnen ist [76].

b) Der Dreiecksbetrug

Da beim Dreiecksbetrug der Verfügende und der Geschädigte verschiedene Personen sind, fragt [77] es sich, ob auch insoweit

---

74) BINDING, Lb. S. 354; CRAMER, S. 206 f. und JuS 1966, 472 (476 f,); FRANK, § 263 VI 1; GERLAND, S. 636; HARDWIG, GA 1956, 21; JECHT, GA 1963, 44; KITZINGER, S. 27; KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. II vor § 263; LENCKNER, JZ 1966, 321 und NJW 1971, 600; v. LISZT-SCHMIDT, S.671; MAURACH, BT, S. 311, a.A. S. 315; MERKEL, S. 207 f.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 37 und SCHRÖDER, ZStW 60, 70 und 83.

75) RG 53, 225 und 70, 255; FEY, Diss. S. 47; MAURACH, BT, S. 315, anders jedoch S. 311; NEBELUNG, Diss. S. 43; SCHOBER, Diss. S. 82 f.; WELZEL S. 370; die von NEBELUNG, Diss. S. 36, ebenfalls als Vertreter dieser Meinung genannten HEGLER, VDB VII, S. 438 Fn. 6; MEYER-ALLFELD, 8. Aufl., S. 473 Nr. 21; LK, 6. - 7. Aufl., § 263 II a; HAACK, Diss. S. 35, bejahen zwar die Strafbarkeit des Bettelbetrugs, differenzieren aber in der Sache zwischen Verfügungswillen und Schädigungsbewußtsein, was NEBELUNG nicht beachtet; siehe zu diesem Problemkreis auch ELLSCHEID, GA 1971, 161 ff.

76) So z.B. auch OTTO, ZStW 79, 94.

77) Diese Frage wirft SCHÜNEMANN, GA 1969, 46 (56), auf.

die Charakterisierung als (unmittelbare) Selbstschädigung zutrifft.

Versteht man "Selbstschädigung" in einem engen Sinne, so kann die von einer anderen Person als der Geschädigten vorgenommene Vermögensdisposition aus der Sicht des Geschädigten nur eine Fremdschädigung, nie eine Selbstschädigung bewirken. Indes hätte man sich damit auf den Blickwinkel des Geschädigten festgelegt, ohne daß dafür ein zwingendes Bedürfnis besteht. Die Klassifizierung kann ohne weiteres - bezogen auf das Opfer - aus der Perspektive eines neutralen, alle Umstände kennenden Beobachters erfolgen. Dann ist der Weg frei, den Tatbeitrag eines zwischen Täter und Geschädigten stehenden Dritten - abhängig von seiner Beziehung zu dem letzteren - als Selbstschädigung zu qualifizieren.

Diese Überlegung soll anhand der Vertreter-Fälle überprüft werden. Nach allgemeiner Meinung [78] wird ein Dreiecksbetrug dann für möglich gehalten, wenn der Verfügende der bevollmächtigte Vertreter des Geschädigten ist. Bildlich gesprochen kann der Vertreter als verlängerter Arm des Vertretenen angesehen werden; der Vertreter steht - wie LENCKNER es ausgedrückt hat [79] - "im Lager" des Vertretenen. Wenn aber aus der Sicht des neutralen Beobachters der Vertreter zu der Sphäre des Betrogenen gehört, kann die durch ihn auf Grund der Täuschung vorgenommene schadenstiftende Handlung nicht als Fremd-, sondern nur als Selbstschädigung i.S. einer Schädigung durch eine zur Opferseite gehörende Person bewertet werden (Opferschädigung).

Darüber hinaus bestehen Bedenken, ob die Ausgangsfrage - kann auch der Dreiecksbetrug als Selbstschädigung charakterisiert werden - überhaupt richtig gestellt ist. Der Identitätsbetrug ist der tatbestandliche und auch praktische Normalfall des

---

78) Siehe oben S. 16 Fn. 16, S. 20 Fn. 28 und S. 25 Fn. 41.
79) JZ 1966, 321.

Betrugs [80], der Dreiecksbetrug der Sonderfall. Mithin wird letzterer an der Typik des Identitätsbetrugs gemessen. Also weist die Frage, ob auch dem Dreiecksbetrug Selbstschädigungscharakter zukomme, in die falsche Richtung; vielmehr ist ein Dreiecksbetrug nur dann und so lange möglich, als die Typik der (unwissentlichen) Selbstschädigung gewahrt bleibt [81] [82].

IV. SACHBETRUG: LÖSUNGSVORSCHLAG IN DEN GRUNDZÜGEN

Unter welchen Voraussetzungen der zwischen dem Täter und dem Geschädigten stehende Dritte zur Opferseite gehört, soll durch eine Analyse von unstreitigen Dreiecksfällen ermittelt werden.

1. Die Beziehungen zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten im Hinblick auf das Handlungsobjekt (Sache)

In den bereits erwähnten Vertreter-Fällen wird allgemein [1] angenommen, daß der Täter durch die Täuschung des Vertreters einen (Dreiecks-)Betrug zum Nachteil des Vertretenen begeht. Der Grund hierfür ist in dem Vertretungsverhältnis zu suchen, welches einer näheren Untersuchung bedarf.

a) Die Stellvertretung in zivilrechtlicher Sicht

Zivilrechtlich verleiht der Geschäftsherr dem Vertreter die

---

80) Siehe z.B. GOLTD.-Mat. S. 548 und die Betrugsdarstellungen in den gängigen Lehrbüchern und Kommentaren - für andere SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 f. -, die von dieser Unterscheidung ausgehen.

81) LENCKNER, JZ 1966, 321; LEIBROCK, Diss. S. 166.

82) Den Selbstschädigungsgedanken wenden generell auf den Dreiecksbetrug an:
SCHRÖDER, ZStW 60, 70; OTTO, ZStW 79, 85; LENCKNER, JZ 1966, 321; LEIBROCK, Diss. S. 165; WEDEKIND, Diss. S. 55 ff.;
mißverständlich CRAMER, S. 206 Fn. 22.

1) Siehe oben S. 16 f., 20 sowie S. 25 Fn. 41.

Fähigkeit, gegenüber Dritten im Rahmen der Vertretungsmacht mit Wirkung für und gegen den Vertretenen zu handeln, § 164 BGB.

Die Vollmachtserteilung (Bevollmächtigung) ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, das nur auf die Begründung der Vertretungsmacht gerichtet ist [2]. Sie erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung [3] oder durch eine an eine unbestimmte Personenmehrheit gerichtete öffentliche Bekanntmachung [4]. Was das Erlöschen der Vollmacht angeht, so kann der Vertretene von vornherein die Dauer der Vollmacht zeitlich oder sachlich beschränken. Auch bei dem Fortbestehen des ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ist die Vollmacht grundsätzlich widerruflich, § 168 BGB. Auch kann durch einseitige Verzichterklärung des Bevollmächtigten die Vollmacht erlöschen [5].

Die rechtsgeschäftliche Vertretung ist gekennzeichnet durch den Offenheits- und den Abstraktionsgrundsatz. Ersterer besagt, daß zur Erreichung der Stellvertretungswirkung der Vertreter im Namen des Vertretenen auftreten muß, also nach außen erkennbar machen muß, daß er für den Vertretenen handeln will [6]. Der Abstraktionsgrundsatz bedeutet die Trennung

---

2) Fast einhellige Meinung:
SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX, Anm. 22 vor § 164;
ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 1130; FLUME, S. 859; u.a.;
a.A.: MÜLLER-FREIENFELS, S. 190 ff. (221 ff.).

3) H.M., für andere: STAUDINGER-COING, § 167 Anm. 4 - 6;
a.A.: MÜLLER-FREIENFELS, S. 243 ff., der ausgehend von seiner abweichenden Grundauffassung je nach dem Vertretergeschäft eine Bevollmächtigung auch als zweiseitiges Rechtsgeschäft ansieht.

4) Siehe BGB §§ 167 u. 171 u. STAUDINGER-COING, a.a.O.

5) FLUME, S. 846.

6) Für andere: SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX, Anm. 27 vor § 164.

der Vertretungsmacht (Außenverhältnis) von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem (Innenverhältnis) [7].

Während im Strafrecht alle Vertreter-Fälle gleich behandelt werden, wird im Zivilrecht von der Bevollmächtigung unterschieden die Vertretung kraft Gesetzes, Staatsakts oder kraft Amtes einerseits und die organschaftliche Vertretung juristischer Personen andererseits [8]. "Gesetzlicher Vertreter" i.S. der Terminologie des BGB ist der von Rechts wegen bestellte Vertreter geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen, gleich ob die Bestellung zum gesetzlichen Vertreter unmittelbar auf Grund des Gesetzes eintritt - so für die Eltern kraft elterlicher Gewalt, §§ 1626 ff. BGB - oder ob eine besondere Bestellung zum gesetzlichen Vertreter erfolgt - so beim Vormund [9], §§ 1773 ff. BGB [10]. Ohne den praktisch bedeutungslosen Streit um die Stellung eines Verwalters einer Vermögensmasse - insbesondere des Konkursverwalters, Testamentsvollstreckers und Nachlaßverwalters - endgültig entscheiden zu wollen, wird dieser wegen der Fremdwirkung seines Handelns mit FLUME [11] als Vertreter kraft Amtes hierher gerechnet.

Bei dem vertretungsberechtigten Organ einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Rechts wird die Vertretungsmacht zwar auch durch ein Rechtsgeschäft begründet, aber es ist inhaltlich nicht speziell auf die Erteilung von Ver-

---

7) Für andere: SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX, Anm. 50 vor § 164.

8) Siehe statt anderer: FLUME, S. 780 und SOERGEL-SCHULTZE-v. LASAULX, Anm. 23 u. 24 vor § 164.

9) Eine besondere Stellung nimmt der Pfleger ein, siehe STAUDINGER-COING, Anm. 16 vor § 164.

10) FLUME, S. 780.

11) A.a.O., S. 781.

tretungsmacht, sondern allgemein auf die Berufung als Organ gerichtet [12].

b) Die strafrechtlichen Konsequenzen aus den Vertreter-Fällen

Es fragt sich, welches oder welche Kriterien bewirken, daß der Vertreter zu der Opferseite gerechnet wird. Dafür kommen - ganz allgemein gesehen - objektive und subjektive Zuordnungsmerkmale in Betracht. In objektiver Hinsicht kann z.B. auf den Gewahrsam an dem Verfügungsobjekt oder auf die rechtliche Verfügungsbefugnis abgestellt werden. Als subjektive Merkmale sind denkbar der Wille des Geschädigten und/oder der Wille des Getäuschten und/oder der Wille des Täters, und zwar in dem Sinne, daß von der Willensentscheidung der jeweiligen Person die Lagerzugehörigkeit des Getäuschten abhängt.

Es fragt sich, welches dieser denkbaren Kriterien die Zuordnung des Vertreters zur Opferseite bewirkt.

aa) Die objektiven Merkmale

Der Bevollmächtigte hat die Macht, das "rechtliche Können", die "power" [13], im Rahmen der Vertretungsmacht nach seinem Willen für den Vertretenen - auch gegen dessen Weisungen - im Außenverhältnis rechtsgeschäftliche Regelungen zu treffen [14]. Diesem objektiven Merkmal der "Vertretungsmacht" mißt die h.M. mit ihrer Betonung der "Verfügungsbefugnis" eine maßgebliche Bedeutung bei.
Diese dem Rechtsverkehr dienende Fremdwirkung ist im Interesse des Vertretenen im Verhältnis zum Vertreter eingeschränkt auf das rechtliche "Dürfen" die "authority" [15], das Pflichtver-

---

12) Siehe STAUDINGER-COING, Anm. 16 vor § 164.

13) SEAVEY, 29 Yale Law Journal (1919), 859, zit. nach MÜLLER-FREIENFELS, S. 75 Fn. 47.

14) FLUME, S. 786.

15) SEAVEY, a.a.O., zit. nach MÜLLER-FREIENFELS, a.a.O.

hältnis. Dadurch wird das interne Rechtsverhältnis gekennzeichnet, wonach der Vertreter dem Vertretenen gegenüber verpflichtet ist, nur nach den Weisungen und "sachlichen Gegebenheiten" [16] im Interesse des Vertretenen zu handeln.

Wenn auch das Pflichtverhältnis neben der nach außen wirkenden Vertretungsmacht als ein objektives Merkmal angesehen werden kann, so kommt ihm doch eine Zuordnungsfunktion für die hier erörterte Problematik nicht zu: Der Vertreter nämlich, der - ohne es zu wissen - über das Innenverhältnis hinausgehend im Rahmen der Vertretungsmacht eine den Vertretenen schädigende Vermögensverfügung trifft, steht doch ebenso auf der Opferseite, wie wenn er im Rahmen des Pflichtverhältnisses gehandelt hätte.

bb) Die subjektiven Merkmale

Dem Willen des Vollmachtgebers (= Geschädigten) kommt bei der Begründung der Bevollmächtigung eine maßgebliche Bedeutung zu. Er ist überhaupt die Grundlage dafür, daß der Vertreter für den Vollmachtgeber tätig werden kann. Ferner steht es im freien Willen des Vertretenen, durch detaillierte Weisungen die Vollmacht zu beschränken, um auf diese Weise die Art und den Umfnag der Rechtsgeschäfte festzulegen, die der Bevollmächtigte für den Vertretenen tätigen kann.

Freilich gilt dies nur für die Bevollmächtigung und zum Teil auch für die organschaftliche Vertretung juristischer Personen des privaten Rechts, nicht dagegen für die anderen Fälle der Vertretung, insbesondere die Vertretung kraft Gesetzes, Staatsakts oder kraft Amtes. Der "kraft Gesetzes" Vertretene hat weder etwas bei der Begründung der Vertreterstellung, noch

16) FLUME, S. 792.

etwas hinsichtlich des Umfanges der Rechtswirkung zu bestimmen. Er ist - wie MÜLLER-FREIENFELS es formuliert hat - überhaupt nicht als Willenssubjekt beteiligt [17] und erhält vielmehr einen Vertreter in amtsartiger Stellung "oktroyiert" [18].

Wenn somit sich die Lagerzugehörigkeit maßgeblich nach dem Willen des Vertretenen richten würde, so hätte das zur Folge, daß anders als der Bevollmächtigte der gesetzliche Vertreter nicht zur Opferseite gehört. Zu dieser Konsequenz müßte OTTO gelangen, sieht er doch die Verfügungen des Getäuschten deshalb wie Selbstschädigungsakte des Berechtigten an, weil der Täter die von dem Berechtigten s e l b s t g e s c h a f f n e Verfügungsmöglichkeit über dessen Vermögen ausnutzt [19].

Demgegenüber unterscheidet die h.M. nicht zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Vertretung [20]. Sie kann in beiden Fällen zu einem Dreiecksbetrug gelangen, da der Getäuschte jeweils eine "rechtliche Verfügungsbefugnis" besitzt. Im Ergebnis scheint es richtig zu sein, auch den gesetzlichen Vertreter zum Lager des Geschädigten zu zählen. Ob dies allerdings lediglich mit dessen Vertretungsmacht zu begründen ist, soll an dieser Stelle noch offen bleiben. Jedenfalls besteht zwischen dem gesetzlichen und dem gewillkürten Vertreter neben dem objektiven Merkmal der Vertretungsmacht noch eine weitere Übereinstimmung in subjektiver Hinsicht, aus der ebenfalls die Lagerzugehörigkeit hergeleitet werden könnte:
Gemeint ist der Wille des Getäuschten. Gemäß dem Offenheitsgrundsatz hat der Vertreter "im Namen des Vertretenen" zu handeln. Der Vertreter will also nicht die Rechtswirkungen für

---

17) MÜLLER-FREIENFELS, S. 341.
18) A.a.O., S. 344.
19) ZStW 79, 84 f.
20) Siehe oben S. 16 f., 20 sowie S. 25 Fn. 21.

seine Person herbeiführen, sondern er erstrebt Wirkungen für und gegen den Vertretenen. Mithin will der Vertreter auf der Opferseite tätig werden. Es wird noch näher zu untersuchen sein, welche Bedeutung diesem Willen als Zuordnungsfaktor zukommt.

Von den eingangs erwähnten subjektiven Merkmalen, die bei der Zuordnung zur Opferseite eine Rolle spielen können, ist der Wille des Täters noch nicht behandelt worden. Sicher wird dieser im Rahmen der Vorsatzprüfung relevant; jedoch darum geht es hier nicht. Vielmehr ist die Frage zu beantworten, ob die bloße Tätervorstellung, der Getäuschte gehöre zur Opferseite, eine entsprechende Zuordnung bewirken kann, und zwar auch dann, wenn objektiv die Vertretungsmacht fehlt und/oder der Getäuschte auch nicht für den Geschädigten handeln will. Wäre die Frage zu bejahen, so könnte sich der Täter auf Grund seiner Vorstellungen "aussuchen", ob seine Tat als Dreiecksbetrug oder als Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zu bewerten wäre. Weiter wäre eine Deliktsbestimmung dann ausgeschlossen, wenn sich der Täter keinerlei diesbezügliche Vorstellungen gemacht hätte. Diese Überlegungen zeigen schon, daß dem Täterwillen eine Zuordnungsfunktion nicht zukommen kann. Im übrigen bietet die hier vorgenommene Analyse der Vertreter-Fälle auch keinen Ansatzpunkt, die Tätervorstellung zu berücksichtigen.

cc) Zusammenfassung und Einführung des Begriffs "Repräsentant"

Es hat sich somit ergeben, daß bei den Vertreter-Fällen von den d e n k b a r e n Merkmalen, die eine Zuordnung zur Opferseite bewirken könnten, einige ausscheiden: nämlich das rechtliche "Dürfen" im Innenverhältnis sowie der Wille des Täters und auch der Wille des Geschädigten - jedenfalls soweit Vertretungsmacht besteht und der Getäuschte für den Vertretenen handeln will. Diese beiden zuletzt genannten Merkmale bleiben allein als Zuordnungsfaktoren übrig; liegt also in objektiver Hinsicht "Vertretungsmacht" und in subjektiver Hinsicht der "entsprechende

Wille des Getäuschten" vor, so steht letzter auf der Opferseite, weshalb seine Verfügung eine Opferschädigung bewirkt. Es kommt dann nur ein Dreiecksbetrug und kein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht.

Damit soll allerdings nicht gesagt werden, daß das Vorliegen beider Kriterien n o t w e n d i g e Voraussetzung für die Zuordnung zur Opferseite ist. Es wird noch zu untersuchen sein, ob nicht einem der beiden Merkmale eine solch dominante Rolle zufällt, daß es ausschließlich als maßgeblicher Zuordnungsfaktor angesehen werden kann. An dieser Stelle verdient lediglich festgehalten zu werden, daß jedenfalls beim Vorliegen beider Kriterien eine Zuordnung zur Opferseite erfolgt.

Sucht man eine Formel, um die soeben erörterte Zugehörigkeit des Getäuschten zu der Seite des Geschädigten zu beschreiben, so bietet sich der Begriff "Repräsentantenstellung" an. Der im Lager des Geschädigten stehende Vertreter ist dessen R e p r ä s e n t a n t . Damit wird auf die besondere Beziehung zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten hingewiesen sowie die Zuordnung zur Opferseite deutlich gemacht.

2. Der sogenannte Prozeßbetrug

Darunter werden die Sachverhalte verstanden, in denen eine Zivilprozeß-Partei durch Täuschung des Richters eine materiell unrichtige Gerichtsentscheidung herbeiführt, die das Vermögen der anderen Prozeßpartei (oder eines durch das Urteil betroffenen Dritten) schädigt. In diesen Fällen nimmt die heute [21] völlig herrschende Meinung einen Betrug der täuschenden Partei zum Nachteil des Geschädigten durch die Täuschung des Richters

21) Früher a.A. GRÜNHUT, JW 1925, 1498; JW 1927, 905 (906) m.w.N.

an [22].

Es fragt sich, ob der getäuschte Richter als Repräsentant der geschädigten Prozeßpartei oder des geschädigten Dritten angesehen werden kann. Zwischen dem Richter und den Prozeßparteien besteht eine Dreiecksbeziehung, die als Prozeßrechtsverhältnis [23] bezeichnet wird. Das Prozeßrechtsverhältnis weist gegenüber dem Rechtsverhältnis in den Vertreter-Fällen zwei Besonderheiten auf: Zum einen ist es der öffentlich-rechtliche Hoheitscharakter, zum anderen die Doppelseitigkeit, also der Umstand, daß die Beziehung des Gerichts zur geschädigten Partei in gleicher Weise zur betrügenden (Gegen-)Partei besteht.

Wegen dieser Besonderheit hat GRÜNHUT [24] grundsätzlich die Möglichkeit des "Prozeßbetrugs" abgelehnt. Er meint, daß der durch das materiell unrichtige Urteil hervorgerufene Vermögensschaden nicht auf einer Handlung des als Partei im Prozeß auftretenden Täters beruht, sondern auf der Autorität des staatlichen Richterspruchs. Der urteilende Richter sei nicht das Werkzeug der getäuschten Partei [25]. Dieses Argument ist schon von LENCKNER [26] überzeugend widerlegt worden; auf seine Ausführungen kann daher verwiesen werden. Auch ROXIN [27] weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß der getäuschte Richter als rechtmäßig handelndes irrendes Werkzeug den konkreten Handlungssinn seines Verhaltens verfehlt: Er glaubt, ein richtiges Urteil zu fällen, während er in Wirklichkeit materiell falsch entscheidet und insofern ein blindes Werkzeug in der Hand des Hintermannes ist, der durch die gestaltend-sinnsetzende Überdetermination des Geschehens zum mittelbaren

---

22) Für andere SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 47, 48.

23) Siehe z.B. LENT-JAUERNIG, S. 92.

24) Rhein. ZZP 13, 147, 148 ff. zit. nach LENCKNER, Diss. S. 25 sowie die oben in Fn. 21 genannten Stellen.

25) GRÜNHUT, JW 1927, 905 (906).

26) Diss. S. 25 bis 31.

27) S. 231.

Täter wird [28].

Seine Bedenken gegen die Konstruktion des "Prozeßbetrugs" überhaupt begründet GRÜNHUT noch mit einem weiteren Gedanken [29]:

Der Betrug setze stets voraus, daß der Betrüger durch freiwillige Disposition des Geschädigten zu seinem Ziel komme, daß die verhängnisvolle Vermögensdisposition als des Getäuschten eigenes Werk erscheine, - auch wo Getäuschter und Geschädigter nicht identisch seien. Ein derartiges rechtlich wirksames Vertretungsverhältnis, eine "relative Identität", liege aber - entgegen der herrschenden Meinung - n i c h t vor zwischen Richter und unterliegender Partei oder gar einem durch das Urteil betroffenen Dritten. Es hieße die Stellung des Prozeßrichters völlig verkennen, wollte man annehmen, er vertrete den Willen der Partei und sein Urteil sei eine Verfügung über Parteivermögen.

Auch mit diesem Argument hat sich LENCKNER kritisch auseinandergesetzt. Zwar räumt er ein, daß der Richter nicht den Willen der geschädigten Partei vertrete [30]. Weiter ist er jedoch der Auffassung, es komme darauf so wenig an, wie auf das Vorhandensein einer rechtlichen Verfügungsbefugnis: maßgebend sei vielmehr, wie überall in diesem Zusammenhang, allein die tatsächliche Wirkung [31]. Der tatbestandsmäßige Ablauf des Betrugs verlange nicht mehr, als daß sich an den Irrtum des Getäuschten ein Verhalten anschließe, das, gleichgültig aus welchen Gründen es diese Fähigkeit besitze, unmittelbar

---

28) Es kann sich hierbei jedoch nur um die betrugstypische "mittelbare Täterschaft", siehe oben S. 6 f. und LENCKNER, Diss. S. 30, handeln. Von echter mittelbarer Täterschaft kann dagegen beim Betrug nur die Rede sein, wenn der Betrüger die T ä u s c h u n g s handlung durch ein Werkzeug begehen läßt, etwa durch einen (genötigten oder seinerseits getäuschten) Rechtsanwalt, so HERZBERG, S. 36.

29) JW 1925, 1498.

30) Diss. S. 23 f.

31) Diss. S. 24.

die Vermögensminderung herbeiführe [32].

Wie noch zu zeigen sein wird, kann das Bestehen eines rechtlichen Vertretungsverhältnisses nicht als notwendige Voraussetzung für die Zugehörigkeit zur Opferseite angesehen werden; insoweit ist der Auffassung von LENCKNER zu folgen. Ob allerdings allein die tatsächliche - vermögensmindernde - Wirkung zur Annahme eines Dreiecksbetrugs ausreicht, scheint recht zweifelhaft zu sein. Eine unmittelbare Vermögensminderung tritt nämlich in aller Regel auch dann ein, wenn eine Sache [33] mittels eines rechtmäßig handelnden Werkzeugs weggenommen (Diebstahl) wird. Gerade unter dem Blickwinkel des hier anstehenden Problems der Abgrenzung von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Dreiecksbetrug hat sich gezeigt, daß zum Tatbestand eines Dreiecksbetrugs mehr gehört als das bloße irrtumsbedingte Verhalten des Getäuschten, das unmittelbar die Vermögensminderung herbeiführt: Der Getäuschte muß auf der Seite des Geschädigten stehen (Opferschädigung)! Wie es scheint, ist die Zulässigkeit des "Prozeßbetrugs" an diesem Maßstab bisher noch nicht gemessen worden, wenn auch das Erfordernis GRÜNHUTs von der "relativen Identität" in diese Richtung weist. Mithin lautet die entscheidende Frage nicht, ob der Richter eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Parteivermögen hat - was zweifellos der Fall ist, sondern, ob die dem Urteil zugrunde liegende staatliche Hoheitsmacht bewirkt, daß der Richter auf der Seite des Geschädigten steht. Nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen wäre der getäuschte Richter jedenfalls dann als Repräsentant des Geschädigten zu behandeln, wenn er Vertretungsmacht und den Willen besitzt, für den Geschädigten zu handeln.

Der Richter will eine richtige Entscheidung fällen, nicht

---

32) Diss. S. 26, allerdings in dem dortigen Zusammenhang.

33) Es sei denn, sie ist völlig wertlos.

will er für oder gegen die Interessen einer der Parteien [34] handeln. Anders als dem Vertreter fehlt ihm dieser Wille [35]. Somit wäre der Richter kein Repräsentant des Geschädigten, wenn dieses subjektive Erfordernis eine notwendige Voraussetzung für die Seitenzuordnung darstellen würde. Diese Frage konnte bisher dahinstehen. Auf sie kommt es auch in diesem Zusammenhang nicht an, wenn sich aus der richterlichen Hoheitsmacht - anders als bei der Vertretungsmacht - eine Lagerzugehörigkeit nicht herleiten läßt. Der Umstand, daß die Hoheitsmacht öffentlich-rechtlicher Natur ist, während das Zivlrecht der Vertretungsmacht ihr Gepräge verleiht, rechtfertigt für sich allein gesehen keine unterschiedliche Behandlung [36].

Allerdings ist das Privatrecht eher auf die Verwirklichung von Individualinteressen angelegt als das öffentliche Recht. Das mag die Stellung des Richters im Verhältnis zu den Prozeßparteien - mittelbar - beeinflussen. Dem Richter fällt die Rolle eines von den Parteien Unabhängigen zu, der ihren Streit schlichtet bzw. durch sein Urteil entscheidet. Seine Entscheidung entfaltet zwar Wirkung gegenüber dem Geschädigten, in gleicher Weise aber auch gegenüber der täuschenden Gegenpartei (Doppelseitigkeit). Auch unter dem Gesichtspunkt der Interessenwahrnehmung verträgt es sich nicht mit der Rolle des Richters, wollte man ihn auf die Bevorzugung einer Partei festlegen [37].

Anders als der Vertreter läßt sich also der Richter der Opferseite nicht zuordnen. Damit wird im Ergebnis der Auffassung von

---

34) Dies gilt erst recht hinsichtlich eines am Verfahren nicht beteiligten Dritten.

35) So auch LENCKNER, Diss. S. 23 f.

36) Insoweit verdient LENCKNER, Diss. S. 26, Zustimmung.

37) Hier liegt auch der Grund, weshalb dem Richter - wie schon dargelegt - der Wille fehlt, für den Geschädigten zu handeln.

GRÜNHUT gefolgt: Der von der h.M. als "Prozeßbetrug" bewertete Sachverhalt ist k e i n (Dreiecks-) B e t r u g . Der Getäuschte Richter kann nicht als Repräsentant des Geschädigten angesehen werden, weil er nicht auf der Seite des Opfers steht.

Geht man von der Strafwürdigkeit der von der Konstruktion des "Prozeßbetrugs" erfaßten Handlungen aus, so ergibt sich die weitere Frage, wie denn der "Prozeßbetrüger" zu bestrafen sei. Darauf soll, um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, nur kurz eingegangen werden:
Geht es in der Zivilklage um die Herausgabe einer Sache gem. § 985 BGB, so kann Diebstahl in mittelbarer Täterschaft in Betracht kommen. Weiter kann eine Bestrafung aus §§ 159, 160, seltener auch aus § 266 [38] erfolgen. Im übrigen wird man de lege ferenda erwägen müssen, einen neuen, auf diesen Sachverhalt zugeschnittenen Straftatbestand zu schaffen; dabei wäre zu überlegen, ob dieses Delikt die Rechtspflege oder auch das Vermögen des Geschädigten schützen soll.

V. SACHBETRUG: DETAILLIERTER LÖSUNGSVORSCHLAG

Bevor nunmehr ein detaillierter Lösungsvorschlag erarbeitet wird, soll nochmals der bisherige Gedankengang verdeutlicht werden.

Ausgangspunkt ist die Charakterisierung des Dreiecksbetrugs als Selbstschädigungsdelikt im Sinne einer Opfersschädigung im Gegensatz zur Fremdschädigung der Zueignungsdelikte. So lange wie der Selbstschädigungsgedanke gewahrt bleibt, was freilich auch eine notwendige Voraussetzung ist, soll der Dreiecksbetrug möglich sein. Das ist der Fall, wenn der Getäuschte im Hinblick auf die Verfügung Repräsentant des Geschädigten ist, in dessen "Lager" steht. Steht er hingegen

---

38) Siehe GRÜNHUT, JW 1925, 1498.

auf der Seite des Täters, so kann nur eine Fremdschädigung (in mittelbarer Täterschaft) in Betracht kommen. Das maßgebende Abgrenzungskriterium ist somit die Stellung des Getäuschten.

1) Weiterentwicklung des Vertreter-Falls

a) Die Repräsentationsstellung

aa) Beim Vorliegen eines objektiven und subjektiven Zuordnungsmerkmals

C ist Eigentümer einer Schreibmaschine. C bevollmächtigt B, diese für ihn zu veräußern. B veräußert die Maschine im Namen des C an A, der mit selbst hergestelltem Falschgeld bezahlt. Später stellt sich heraus, daß die Bevollmächtigung unwirksam war, weil C minderjährig ist und die gesetzlichen Vertreter des C das Rechtsgeschäft nicht genehmigen. Hat A einen Betrug zum Nachteil des C begangen? 39)

Der Fall unterscheidet sich von dem Vertreter-Fall dadurch, daß hier die zivilrechtliche Macht, mit Wirkung für einen anderen zu handeln, nicht besteht. A hat daher - da auch ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet - kein Eigentum an der Maschine erworben, entsprechend hat C keines verloren; ein Umstand, der bei der Feststellung des Schadensumfangs zu berücksichtigen ist. Wirkt er sich auch auf die Seitenzugehörigkeit des Getäuschten aus?

Würde man nur auf die subjektive Vorstellung von B abstellen, müßte man ihn wie im Fall der wirksamen Vertretung als Repräsentanten von C ansehen: B wollte als Vertreter von C für diesen tätig werden, ja er ging überhaupt von der Wirksamkeit der Bevollmächtigung aus. In subjektiver Hinsicht besteht also keinerlei Unterschied zum Vertreter-Fall.

---

39) Eine solche Fallkonstellation wird von LENCKNER, Diss. S. 24, als Argument gegen die Theorie von der rechtlichen Verfügungsbefugnis angeführt.

Was das objektive Merkmal der Vertretungsmacht angeht, so liegt zwar kein rechtliches, aber doch ein tatsächliches Verhältnis zwischen B und C vor, wonach C dem B die Veräußerung der Schreibmaschine erlaubt hat. Ob diese Beziehung zwischen B und C die Annahme eines Dreiecksbetrugs rechtfertigt, bestimmt sich nach dem Gedanken der Opferschädigung. Ohne die erst später zu erörternde Frage zu entscheiden, ob die soeben beschriebene subjektive Vorstellung des Getäuschten allein schon die Zugehörigkeit zur Opferseite begründet, läßt sich jedenfalls feststellen, daß der getäuschte B mit Wissen und Wollen des geschädigten C die Sachherrschaft an der Maschine auf den Täter A übertragen hat. Da überdies die an der Willenserklärung orientierte Vertretung, § 164 BGB, sich ohnehin nicht auf Realakte beziehen kann, ist kein Grund ersichtlich, B nicht als Repräsentanten des C anzusehen. Als entgegenstehender Umstand ist insbesondere nicht zu erachten, daß B eigentlich zu Lasten des C auch noch das Eigentum übertragen wollte und sollte; wenn C wegen der fehlgeschlagenen Eigentumsübertragung weniger geschädigt wurde, so entfällt dadurch nicht die Zugehörigkeit des B zur Seite des C.

C [40] hat seine Armbanduhr verloren, die B gefunden hat. A täuscht B vor, er, A, sei der Verlierer (= Eigentümer), worauf B dem A die Uhr aushändigt.

Anders als im vorhergehenden Fall besitzt B in objektiver Hinsicht keine von C eingeräumte tatsächliche Verfügungsmacht; B hat auch nicht die Stellung eines Vertreters des C. Wohl bestehen zwischen B und C rechtliche Beziehungen, nämlich das gesetzliche Schuldverhältnis des Verlierers zum Finder gemäß §§ 965 ff. BGB sowie das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis der §§ 985 ff. BGB. Danach ist B gegenüber C verpflichtet, die Uhr an diesen herauszugeben. Hinsichtlich der Herausgabeverfügung steht B also - objektiv - auf der Seite des C.

---

40) Nachgebildet dem Urteil des BayObLG, GA 1964, 82; siehe oben S.22.

Auch will B - subjektives Merkmal - im Interesse des Eigentümers für diesen handeln. Mithin steht er auch subjektiv im Lager des Eigentümers. Dabei ist von Bedeutung, worauf noch näher einzugehen sein wird, daß diese Vorstellung des B nicht durch die Täuschung hervorgerufen worden ist; letztere bewirkt lediglich den für die Repräsentantenstellung irrelevanten Irrtum des B, den Täter für den Berechtigten zu halten. Folglich stellt sich die Herausgabe der Uhr durch B als Opferschädigung dar, so daß lediglich ein Dreiecksbetrug in Betracht kommt [41], nicht aber ein Diebstahl in mittelbarer Täterschaft.

bb) Beim Vorliegen lediglich eines subjektiven Zuordordnungsmerkmals

In allen bislang behandelten Dreiecksbetrugs-Fällen konnte die Repräsentantenstellung des Getäuschten sowohl mit einem objektiven als auch mit einem subjektiven Zuordnungsmerkmal begründet werden. Das Verhältnis beider Merkmale zueinander ist bisher bewußt offen gelassen worden. Nunmehr soll aber die Frage beantwortet werden, ob das Vorliegen b e i d e r Merkmale n o t w e n d i g e Voraussetzung für die Annahme der Repräsentantenstellung ist; es könnte nämlich sein, daß schon e i n Merkmal die Zugehörigkeit des Getäuschten zur Seite des Opfers begründet.

aaa) Die irrtümliche Annahme einer Vertretungsmacht

B ist der Minderjährigen-Vormund des C. Am 21. 3. veräußert B im Namen des C ein diesem gehöriges Buch an den Händler A. Das Geschäft ist für C sehr günstig,da er ohnehin kein Interesse an dem Buch hatte und der erzielte Preis sehr hoch ist. A bezahlt mit selbst gefälschten Banknoten. Später stellt sich heraus, daß C bereits am 20. 3. volljährig geworden war, woran B nicht gedacht hatte. Liegt ein Betrug zum Nachteil des C vor?

---

41) Im Ergebnis ebenso die als herrschend anzusehende Meinung, die auf den Gewahrsam der Mittelsperson abstellt.

Zivilrechtlich endet gemäß BGB §§ 1882, 1773 mit der Volljährigkeit des Mündels die Vormundschaft. B war also - objektiv gesehen - nicht mehr vertretungsberechtigt.

Strafrechtlich paßt dieser Fall nicht in das bisherige Lösungsschema: Ein rechtliches (Zuordnungs-)Verhältnis zwischen B und C hat nur bis zum 20. 3. bestanden. Auch ein tatsächliches Verhältnis entfällt, wenn - wovon ausgegangen werden soll - C den Wunsch einer Veräußerung des Buches nicht zum Ausdruck gebracht hat. Kommt es daher auf das Vorliegen des objektiven Merkmals an, müßte wegen seines Fehlens ein Dreiecksbetrug verneint werden. Zu diesem Ergebnis würde wohl auch OTTO gelangen, bewegt sich doch der Getäuschte nicht mehr im "Rahmen der Verfügungsgewalt"[42], während die Stellungnahme der h.M. von der - bewußt hier offen gelassenen - Gewahrsamslage [43] abhinge. Hingegen nähme DREHER, der maßgeblich den Willen des Getäuschten berücksichtigt [44], einen Dreiecksbetrug unter der Voraussetzung an, daß auch eine faktische Einwirkungsmöglichkeit bestünde.

Als Wegweiser und Prüfstein für den eigenen Lösungsvorschlag dient auch hier wieder die Typik der Opferschädigung. Danach scheint bei einer unbefangenen Betrachtung der Vormund im "Lager" des Mündels zu stehen. Dies würde bedeuten, daß dem subjektiven Zuordnungsmerkmal ein konstitutiver Charakter zukäme; es wäre notwendige und h i n r e i c h e n d e Voraussetzung für die Annahme einer Opferschädigung. Ob diese Folgerung richtig ist, soll ein

---

42) OTTO, ZStW 79, 84.

43) Hätte B keinen Gewahrsam an dem Buch, weil er es z.B. dem A schon früher geliehen hatte, entfiele ein Dreiecksbetrug; wäre er dagegen noch (Mit-)Gewahrsamsinhaber, so läge ein Betrug vor.

44) DREHER, JR 1966, 30.

Vergleich ergeben:

Der Ball [45] des C liegt in dessen Garten. A spiegelt dem sportlichen B vor, der Ball gehöre ihm, A, und sei über den Zaun gefallen. B möge über den Zaun klettern und den Ball herausholen. B, der dem A glaubt, kommt der Bitte nach.

Die auf den Gewahrsam abstellende h.M. kommt nicht daran vorbei, daß B im Verlaufe der Tat eine "tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit" hinsichtlich des Balles hergestellt hat. Käme es nur darauf an, müßte sie einen Dreiecksbetrug bejahen. Aber gerade das Erst-herstellen-müssen der tatsächlichen Beziehung soll für die Annahme eines Dreiecksbetrugs nicht ausreichen [46]; demzufolge verlangt die h.M., daß schon v o r der Verfügung die tatsächliche (oder rechtliche) Beziehung bestehen muß [47]. Wegen ihres Fehlens zu diesem Zeitpunkt nimmt die h.M. Diebstahl in mittelbarer Täterschaft an [48].

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung liegt ein objektives, den Getäuschten der Seite des Geschädigten zuordnendes Merkmal nicht vor, und zwar auch im Unterschied zum Finder-Fall [49]. Eine Lagerzugehörigkeit könnte sich daher nur - wie im Vormund-Fall [50] - auf Grund des subjektiven Zuordnungsmerkmals ergeben, stellt sich B doch vor, A sei Eigentümer und er, B, hole für diesen den Ball aus dem Garten. Diese Vorstellung unterscheidet sich jedoch in zwei Punkten von der des Vormunds:

(1) Ballholer B geht nicht von einer Beziehung zu dem

---

45) Nachgebildet dem Beispiel von DREHER, JR 1966, 30.

46) In diesem Sinne SCHRÖDER, ZStW 60, 67 u. 73.

47) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a; BOCKELMANN, Niederschr., S. 40; WELZEL, S. 327.

48) Im Ergebnis ebenso DREHER, JR 1966, 30.

49) Siehe oben S. 67.

50) Siehe oben S. 68.

wahren Berechtigten C aus, von dessen Existenz er nichts weiß.

(2) Daß Ballholer B glaubt, den Ball aus dem Garten holen zu dürfen, ist gerade die Folge der Täuschung (täuschungsbedingter Irrtum).

Was den ersten Punkt betrifft, so weist auch DREHER [51] zu Recht auf den Unterschied hin zwischen dem objektiv Berechtigten (=Geschädigten) und dem lediglich von dem Getäuschten für berechtigt Gehaltenen. In allen bisher als Dreiecksbetrug bewerteten Sachverhalten bestand in o b j e k t i v e r Hinsicht ein Zuordnungsverhältnis zwischen dem wahren Berechtigten (= Geschädigten) und dem Getäuschten. Dem entspricht es, daß jeweils auch der Getäuschte in s u b j e k t i v e r Hinsicht für den Geschädigten handeln wollte. Das gilt auch für den Finder-Fall, der freilich die Besonderheit aufweist, daß der Finder den wahren Eigentümer nicht persönlich kennt, weshalb ihn der Täter insoweit täuschen kann; darauf wird noch eingegangen werden.

So wichtig dieser Unterschied zwischen dem Vormund- und dem Ball-im-Garten-Fall auch ist, eine ausschlaggebende Bedeutung kommt ihm in diesem Zusammenhang nicht zu [52]. Er kann nämlich durch eine geringfügige Veränderung des Sachverhalts, ohne daß sich deshalb eine andere Beurteilung ergibt, beseitigt werden: A erklärt, daß der Eigentümer C des Balles ihm, A, diesen geliehen habe. B möge doch den versehentlich in den fremden Garten gelangten Ball herausholen. In dieser Alternative geht (subjektiv) auch der Ballholer B - wie der Vormund - von einer Beziehung zu dem wahren Berechtigten aus [53].

---

51) GA 1969, 60, was OTTO, ZStW 79, 80, nicht beachtet.
52) Anders wohl DREHER, a.a.O. (Fn. 51).
53) In objektiver Hinsicht entspricht dem Fehlen dieser Beziehung das beendete Vormundschaftsverhältnis.

Der zweite Unterschied, der das Verhältnis von Repräsentantenstellung und Täuschung betrifft, bleibt auch in der Abwandlung bestehen. Somit taucht die Frage auf, wie es sich auswirkt, wenn der getäuschte Ballholer erst auf Grund der Täuschung glaubt, für den Berechtigten zu handeln, während der Vormund unabhängig von der Täuschung von einer solchen Beziehung zu dem Mündel ausgeht.
Die Täuschungshandlung hat jeweils einen anderen Inhalt. Im Vormund-Fall berührt sie n i c h t das Verhältnis des Getäuschten zu dem Geschädigten, vielmehr bezieht sie sich auf die Echtheit des Geldes. Die Täuschung hat eine Qualität wie beim Identitätsbetrug. Dann aber reicht es m.E. aus, wenn der Getäuschte lediglich subjektiv auf der Seite des Geschädigten steht. Denn es geht hier ja anders als im Zivilrecht nicht darum, ob die Verfügung des Getäuschten den Geschädigten bindet, sondern um die Bewertung des Täterverhaltens als Fremd- oder Opferschädigung. Wenn nun der Vormund unabhängig von der Täuschung meint, für das Mündel zu handeln, und die schadenstiftende Verfügung vornimmt, so kann er nur als dessen Repräsentant angesehen werden. Ein Anhaltspunkt dafür, daß der Vormund auf der Seite des Täters steht, ist dagegen nicht ersichtlich.

In der Abwandlung zum Ball-im-Garten-Fall bewirkt erst die Täuschung, daß B meint, für den Berechtigten zu handeln. Eine solche Täuschung ist bei einem Identitätsbetrug nicht denkbar, weil sie gerade die Personenverschiedenheit in der Weise ausnutzt, daß dem Getäuschten die "Erlaubnis" des Geschädigten zur Vornahme der Verfügung vorgespiegelt wird. Mithin fragt sich, ob diese Täuschung eine mittelbare Täterschaft im technischen Sinne begründet; sollte das nämlich der Fall sein, so hätte der Täter durch sein Werkzeug die schadenstiftende Handlung selbst vorgenommen, so daß nur eine Fremd-, keine Opferschädigung vorläge.

Die Abgrenzung einer Fremdschädigung in mittelbarer Täterschaft von einer Dreiecksopferschädigung bereitet besondere

Schwierigkeiten, die sich aus der tatbestandlichen Kongruenz von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Betrug ergeben [54]: Der Betrüger schädigt sein Opfer mittelbar, indem er es durch die Täuschung veranlaßt, die schädigende Handlung selbst - gewissermaßen als Täterwerkzeug - vorzunehmen. Somit spitzt sich das Problem darauf zu, die betrugstypische "mittelbare Täterschaft" von der - eigentlichen - mittelbaren Täterschaft im technischen Sinne abzugrenzen. Erstere erschöpft sich darin - und zwar in gleicher Weise beim Identitäts- wie beim Dreiecksbetrug -, dem Verfügenden die schadenstiftende Bedeutung seiner Handlung zu verschleiern [55]. Demgegenüber beurteilt sich die mittelbare Täterschaft im technischen Sinne nach den allgemeinen Täterkriterien, also der Tatherrschaft [56]. Diese kann sich hier für A - wie ROXIN [57] es ausdrückt - auf Grund der gestaltend-sinnsetzenden Überdetermination des Geschehens ergeben. Die Möglichkeit einer gestaltenden Überdetermination beruht nach ROXIN auf dem Schichtencharakter der Tatherrschaft, die in vierfacher Weise abgestuft ist. Sie gliedert sich nach der Kenntnis der Tatumstände, der materiellen Rechtswidrigkeit, der Vorwerfbarkeitselemente und des konkreten Handlungssinnes in vier Grade, deren jeweils höherer dem Hintermann gegenüber dem unmittelbar Handelnden die Tatherrschaft verleiht [58].

Der "soziale Bedeutungsgehalt des Vorgangs" wird von dem Ballholer B keineswegs erfaßt. Also liegt im technischen Sinne mittelbare Täterschaft des A vor. Somit kann nur Diebstahl,

---

54) Siehe oben S. 6 f.

55) Siehe zum Problem der unbewußten und bewußten Selbstschädigung LENCKNER, NJW 1971, 599 (600) und ELLSCHEID, GA 1971, 161 ff.

56) Anders die animus-Theorie, die aber hier zu dem gleichen Ergebnis gelangen würde.

57) ROXIN, Täterschaft, S. 231.

58) ROXIN, a.a.O., S. 232.

nicht Dreiecksbetrug angenommen werden.

Diesem Lösungsschema steht der Finder-Fall nicht entgegen. Auf Grund des gesetzlichen Verhältnisses zwischen Verlierer und Finder will letzterer für den verlierenden Eigentümer handeln. Finder B erfaßt durchaus den Bedeutungsgehalt des Vorgangs "Herausgabe der Fundsache". Folglich kommt der Täuschung des A keine tatherrschaftskonstitutive Qualität zu; sie verschleiert nur die schadenstiftende Wirkung, indem sich A fälschlich als Eigentümer ausgibt. Mithin ist dieser Sachverhalt zu Recht als Dreiecksbetrug bewertet worden.

bbb) Das bewußte Fehlen der Vertretungsmacht

Während sich der Vormund-Fall durch die irrtümliche Annahme von dem Fortbestehen der Vertretungsmacht auszeichnete, soll nunmehr noch einen Schritt weitergegangen werden:

B ist der Freund des C. C hat dem B seine - geschenkte - Schreibmaschine mit der Bemerkung geliehen, er, C, könne "das Ding" ohnehin nicht gebrauchen, da er nicht mit der Maschine schreiben könne. Im Einverständnis mit C verleiht B später die Maschine an A weiter. Als A dem B die Maschine abkaufen will und ein günstiges Kaufangebot unterbreitet, willigt B ein, weil er glaubt, im Interesse des C zu handeln. B veräußert die Maschine im Namen des C an A. Wegen der Eilbedürftigkeit des Kaufs war es dem B nicht möglich, eine vorherige Einwilligung des C einzuholen. A bezahlt mit selbst hergestelltem Falschgeld, das B unverzüglich an C weiterleitet. Hat A ein Vermögensdelikt gegenüber C begangen?

Die h.M. würde wegen des fehlenden Gewahrsams des B einen Dreiecksbetrug verneinen. Zu diesem Ergebnis käme wohl auch OTTO [59].

Der Schreibmaschinen-Fall unterscheidet sich in subjektiver Hinsicht von dem Vormund-Fall: Der Freund B weiß, daß C ihn

---

59) ZStW 79, 85.

nicht zu der Verfügung ermächtigt hat. B veräußert die Schreibmaschine in voller Kenntnis der fehlenden Einwilligung des C. Kann bei einem solchen Verhalten des B noch von einer Opferschädigung geredet werden?

Eine Antwort auf diese Frage läßt sich von zwei verschiedenen Ausgangspunkten her gewinnen: Selbstschädigung im Sinne einer Opferschädigung und Fremdschädigung schließen sich begrifflich aus. Eine Schädigung kann nur in einer dieser beiden Formen erfolgen. Daher zwingt der Nachweis, daß die eine Schädigungsform nicht vorliegt, zur Annahme der anderen. Es kann aber auch - zweiter Lösungsweg - diese andere Schädigungsform positiv begründet werden.

Eine Fremdschädigung könnte A nur in mittelbarer Täterschaft begangen haben. Seine Tatherrschaft müßte sich auf Grund einer "gestaltend-sinnsetzenden Überdetermination des Geschehens" ergeben. Es fragt sich, ob die insoweit von ROXIN entwickelten Kriterien [60] erfüllt sind. In dem Schreibmaschinen-Fall täuscht A lediglich über die Echtheit des Geldes. In dem Austausch der Maschine gegen das wertlose "Geld" liegt der Schaden. Die Täuschung des A hätte, wäre B der Vermögensinhaber gewesen, also im Identitätsfall, nicht anders ausgesehen; sie hat gegenüber B keine den sozialen Bedeutungsgehalt verschleiernde und damit tatherrschaftsbegründende Wirkung; ihr kommt allenfalls die Qualität einer betrugstypischen Täuschung zu. Mangels Tatherrschaft kann also B nicht als Werkzeug einer (mittelbaren) Fremdschädigung des A angesehen werden, was bereits den Schluß auf eine Opferschädigung zuläßt.

Diese soll aber auch positiv nachgewiesen werden:
Im Vormund-Fall hatte sich gezeigt, daß die täuschungsunabhängige irrtümliche Annahme des Getäuschten, seine Vertre-

---

60) Siehe oben S. 73.

tungsmacht würde fortbestehen, ihn auf die Seite des Opfers stellt. Im Schreibmaschinen-Fall hingegen weiß B genau, daß er ohne Vertretungsmacht handelt; freilich will er mit Wirkung für C handeln und meint überdies, dessen Interesse wahrzunehmen. Sollte nun C den Vertragsschluß seines Vertreters ohne Vertretungsmacht genehmigen, so gilt der Vertrag als von Anfang an wirksam, §§ 177, 184 BGB. Zivilrechtlich wird also die vorausgehende Vertreterbestellung mit der nachträglichen Zustimmung gleichgestellt. Das kann im Strafrecht im Ergebnis nicht anders sein. Im Genehmigungsfall ist also B als Repräsentant des C anzusehen, so daß ein Dreiecksbetrug vorliegt.

Allerdings ist es erforderlich, eine Tat schon dann strafrechtlich abschließend beurteilen zu können, wenn sie tatbestandlich vollendet ist. Die strafrechtliche Beurteilung kann nicht von nachträglichen zivilrechtlichen Verhaltensweisen der Beteiligten oder Dritter abhängen. Mithin kann nicht auf die nachträgliche Zustimmung des C abgestellt werden, so daß als Kriterium nur die subjektive Einstellung des B verbleibt. Die täuschungsunabhängige Vorstellung des gutgläubigen B als Vertreter ohne Vertretungsmacht für C zu handeln und dessen Interessen wahrzunehmen, scheint also zur Begründung der Repräsentantenstellung des B auszureichen. Da dieses subjektive Element sowohl bei der Genehmigung als auch in gleicher Weise bei deren Verweigerung vorliegt, müßte B in beiden Fällen als Repräsentant des C angesehen werden.

Dagegen ließe sich einwenden, daß die bloß einseitige Begründung der Repräsentantenstellung durch den gutgläubigen Getäuschten dem Gedanken der Opferschädigung widerspricht. Der Geschädigte nämlich bringt in keiner Weise zum Ausdruck, daß der Getäuschte in seinem Lager stehen soll, ja, in gewisser Weise spricht er sich sogar dagegen aus, wenn er die nachträgliche Zustimmung ausdrücklich verweigert. Freilich darf der Begriff der Opferschädigung nicht zu eng verstanden

werden. Er erlangt seine Bedeutung und Inhaltsbestimmung in der Abgrenzung zur Fremdschädigung. Letztlich läuft es auf eine Wertung hinaus, ob man im vorliegenden Fall den Getäuschten der Sphäre des Täters (Fremdschädigung) oder der Sphäre des Geschädigten (Opferschädigung) zuordnet. Die von der Täuschung unbeeinflußte Vorstellung des Verfügenden, er handele für den Berechtigten und in dessen Interesse, bewirkt m.E. eine größere Nähe zum Opfer als zum Täter. Dem steht eine Verweigerung der Genehmigung nicht entgegen, weil sie sich nicht auf dieses Näheverhältnis, sondern lediglich auf die zivilrechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts bezieht. Der so verstandene Gedanke der Opferschädigung spricht also im vorliegenden Fall gerade für eine Repräsentantenstellung des B. Im Schreibmaschinen-Fall liegt also ein Dreiecksbetrug vor.

cc) Beim Vorliegen lediglich eines objektiven Zuordnungsmerkmals

A ist an einem Bild des C interessiert. C gibt seinem Vertreter B die Weisung, das Bild nicht unter seinem Wert von 1000,-- DM zu verkaufen, nachdem er zuvor dem A mitgeteilt hat, B sei zum Verkauf ermächtigt. Um C zu ärgern, veräußert B das Bild im Namen des C an A zu einem Preise von 800,-- DM. A bezahlt mit selbst hergestelltem Falschgeld.

B hat objektiv im Rahmen der Vertretungsmacht gehandelt, wenn er auch die im Innenverhältnis gezogene Grenze überschritten hat. In subjektiver Hinsicht hat er zwar den Willen, daß das Rechtsgeschäft gegen C wirkt, aber B will gegen die Interessen des C handeln. Somit geht es auch hier wieder um das Verhältnis des objektiven zu dem subjektiven Zuordnungskriterium. Bei fehlender Vertretungsmacht ist im Vormund- und im Schreibmaschinen-Fall dem subjektiven Zuordnungsmerkmal eine ausschlaggebende Rolle zugefallen. Wäre dies hier ebenso, dann müßte ein Dreiecksbetrug verneint werden.

In den beiden soeben erwähnten Fällen bewirkte allein der Wille des Getäuschten, im Interesse des Geschädigten zu handeln,

die größere Nähe zum Opfer als zum Täter. Im vorliegenden Fall bedeutet ohne Zweifel das Fehlen dieses Willens bzw. der sogar gegen C gerichtete Wille eine gewisse Abkehr des B von C. Eine Annäherung an A i.S. einer Fremdschädigung wird freilich dadurch nicht herbeigeführt, weil B - bildlich gesprochen - die durch die Vertretungsmacht gezogenen objektiven Grenzen des Lagers des C nicht überschreitet. Anders ausgedrückt gebührt bei sich widerstreitenden Zuordnungsmerkmalen dem objektiven der Vorrang vor dem subjektiven [61]. Mithin ist auch im Bilder-Fall B der Repräsentant des C, so daß ein Dreiecksbetrug vorliegt.

b) Zusammenfassung

Welcher Seite der zwischen dem Täter und dem Geschädigten stehende Getäuschte zuzuordnen ist, kann von objektiven und subjektiven Kriterien abhängen. Liegen beide vor - wie z.B. im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Vertretung -, so kommt es auf deren Verhältnis zueinander nicht an. Allerdings fällt dem objektiven Zuordnungsmerkmal der Vertretungsmacht eine ausschlaggebende Rolle zu, so daß der Wille des Getäuschten, gegen die Interessen des Geschädigten zu handeln, seine Repräsentantenstellung nicht beseitigt (Bilder-Fall). Wenn aber ein objektives Zuordnungsmerkmal nicht vorhanden ist, kann ausnahmsweise der von der Täuschung insoweit unbeeinflußte Wille des Verfügenden, im Interesse des Berechtigten tätig zu werden, eine größere Nähe zu letzterem und damit eine Repräsentantenstellung des Getäuschten begründen (Vormund- und Schreibmaschinenfall).

2) Der Einfluß der Täuschung auf die Repräsentantenstellung

In dem Zimmerwirtin-Fall [62] nimmt DREHER [63] einen Dreiecks-

---

61) Dieses Rangverhältnis wirkt sich z.B. auch in dem Fall aus, in dem der Vertreter eine "unbewußte Verfügung" zum Nachteil des Vertretenen trifft.

62) Siehe oben S. 6.

63) JR 1966, 29 f; GA 1969, 56 (57).

betrug an, während dieser von dem OLG Stuttgart [64] und - mit anderer Begründung - von LENCKNER [65] verneint wird.

Für die Beurteilung des Sachverhalts soll - mangels anderer gerichtlicher Feststellungen - von dem Normalfall ausgegangen werden, daß die Wirtin in objektiver Hinsicht nicht berechtigt war, den Autoschlüssel an die Täterin auszuhändigen. Nach der hier vorgeschlagenen Lösung fehlt es damit an dem objektiven Zuordnungsmerkmal, so daß sich eine Repräsentantenstellung der Wirtin nur dann ergeben kann, wenn sie - wie im Vormund- und Schreibmaschinen-Fall - auf Grund ihrer subjektiven Einstellung eine größere Nähe zum Opfer als zum Täter aufweist. Die Wirtin könnte zur Sphäre der geschädigten Mieterin zu rechnen sein, weil sie glaubt, in deren Auftrag die Autoschlüssel herauszugeben, also meint, deren Interessen wahrzunehmen. Diesem Bewußtsein ist in den beiden eben erwähnten Fällen eine ausschlaggebende Bedeutung zugekommen. Freilich unterscheiden sich der Vormund- und der Schreibmaschinen-Fall gerade in dieser Beziehung nicht unerheblich von dem Wirtin-Fall: Dort beeinflußte die Täuschung nicht dieses Bewußtsein, während hier die Täuschung keinen anderen Inhalt hat als den, die falsche Vorstellung bei der Wirtin hervorzurufen. Der von der Täuschung unbeeinflußte Wille des Verfügenden kann - wie oben dargelegt - eine größere Nähe zum Opfer herbeiführen; dem vom Täter insoweit manipulierten Willen des Getäuschten kommt diese Qualität nicht zu: Durch eine solche Täuschung verschleiert nämlich der Täter gegenüber dem Getäuschten den "sozialen Bedeutungsgehalt des Vorgangs"; auf Grund der gestaltend-sinnsetzenden Überdetermination des Geschehens gewinnt der Täter die Tatherrschaft [66] und setzt den Getäuschten als sein Werkzeug ein. Die schadenstiftende

---

64) JR 1966, 29.
65) JZ 1966, 320.
66) Siehe oben S. 73.

Handlung wird daher, wenn auch mittelbar, vom Täter selbst vorgenommen. Der Angriff auf die fremde Rechtssphäre erfolgt - um mit den Worten von LENCKNER [67] zu sprechen - allein von außen, indem der Täter die leichtere Wegnahmemöglichkeit durch den Getäuschten ausnützt.

Die auf diese Weise vom Täter hervorgerufene falsche Vorstellung des Getäuschten bewirkt keine größere Nähe zum Opfer; sie ist vielmehr das spezielle Mittel zur Wegnahme durch den Täter. Dies wird m.E. von DREHER [68] verkannt. Zwar kann die Vorstellung, für den Geschädigten und an dessen Stelle zu handeln, eine Repräsentantenstellung des Getäuschten begründen, aber nur unter den im Vormund- und Schreibmaschinen-Fall entwickelten Voraussetzungen. Nach der hier vertretenen Auffassung darf diese Vorstellung des Getäuschten - sofern das objektive Zuordnungsmerkmal nicht vorliegt - gerade nicht die "Folge der Täuschung" sein. Indem nämlich - wie oben schon ausgeführt - der Täter die Werkzeugeigenschaft des Getäuschten verdunkelt und vorspiegelt, der Getäuschte handele für den Geschädigten, verschleiert er den sozialen Bedeutungsgehalt des Vorgangs und gewinnt infolge dieser Überdetermination die Tatherrschaft.

Nach allem kann die Wirtin nicht als Repräsentantin der Untermieterin angesehen werden, so daß ein Dreiecksbetrug ausscheidet.

VI. DER LÖSUNGSVORSCHLAG BEIM NICHT-SACHBETRUG

Der bisherige Lösungsvorschlag beschränkte sich auf solche Fälle, bei denen Handlungsobjekt eine Sache war. Es fragt sich, ob die Lösungskonzeption auch auf den Nicht-Sachbetrug angewendet werden kann.

---

67) JZ 1966, 321.
68) JR 1966, 30 und GA 1969, 57.

1) Allgemeine Überlegungen zur Übernahme der Sachbetrugslösung

Das Gesetz kennt die Differenzierung in Sach- und Nicht-Sachbetrug [69] nicht, so daß beide Arten des Dreiecksbetrugs gleich behandelt werden müßten, wenn nicht der "natürliche" Unterschied von Sache und Forderung etwas anderes gebietet.

Eine Forderung ist ein unkörperlicher Gegenstand. An ihr kann daher kein Gewahrsam bestehen, weshalb die auf den Gewahrsam abstellende Lösung der h.M. auf sie nicht angewendet werden kann; darauf wird noch später eingegangen werden. Der hier vorgetragene, auf dem Gedanken der Opferschädigung aufbauende Lösungsvorschlag berücksichtigt dagegen maßgeblich die Beziehung des Getäuschten zu dem Geschädigten, so daß sich dieser Unterschied nicht auswirkt.

Es ist jedoch noch ein zweiter Gesichtspunkt zu beachten: Bei dem unredlichen Erwerb einer S a c h e ist in der Regel entweder der Tatbestand eines Zueignungsdelikts oder der des Betrugs erfüllt. Bei der Sachentziehung geht es also weniger um die Frage, o b der Täter bestraft werden soll, sondern darum, w e l c h e Vorschrift einschlägig ist. Handelt es sich hingegen bei dem fraglichen Gegenstand n i c h t um eine Sache, so entfällt a priori die Verwirklichung eines Zueignungsdeliktes, so daß im Falle einer Nichtanwendung des § 263 auch Straffreiheit in Betracht kommen kann [70]. Es fragt sich daher, ob kriminalpolitische Erwägungen - nämlich in bestimmten Fällen keine Straffreiheit eintreten zu lassen - dazu führen könnten, die Lösungskonzeption auf solche "strafwürdigen" Sachverhalte auszudehnen. Allein kriminalpolitische Überlegungen gehören nicht zum Tatbestand der Betrugsnorm;

---

69) Als Nicht-Sachen kommen in erster Linie Forderungen in Betracht.

70) Zu denken ist allerdings noch an § 266 und Strafvorschriften außerhalb des StGB, wie z.B. im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

sie können allenfalls im Rahmen der Auslegung als Hilfserwägung angeführt werden. Grundsätzlich können sie keine Erweiterung des Lösungsschemas veranlassen, die zu Lasten der Betrugsdogmatik, des Gedankens der Opferschädigung, geht. Unter Berücksichtigung dieses Umstands soll anhand von einzelnen Fällen geprüft werden, ob Bedenken gegen die unveränderte Übernahme der Sachbetrugslösung bestehen.

2) Die Anwendung der Sachbetrugslösung auf Fälle mit unkörperlichen Handlungsobjekten

Unproblematisch, weil dem Sachbetrug völlig entsprechend, ist der Fall der Vertretung, in dem Handlungsobjekt eine Forderung, ein Anspruch oder ein Recht ist. Zweifelsfrei liegt hier ein Repräsentantenverhältnis vor.

Problematischer ist schon der folgende Fall:

A ist bei der Firma C angestellt. A sucht den Kunden B der Firma C auf und zieht unter Vortäuschung einer Inkassovollmacht ausstehende Forderungen der Firma C ein. Er verbraucht die von B erhaltenen Beträge vorgefaßter Absicht entsprechend für sich. B wird durch die Zahlung an A nicht gegenüber C befreit.

Der BGH [71] bejaht einen Dreiecksbetrug zum Nachteil der Firma C, ohne Ausführungen zur Vermögensverfügung oder zur Personenverschiedenheit für notwendig zu erachten; freilich stützt er sich "im übrigen" [72] auf die Hilfserwägung, daß ein Betrug gegenüber dem Kunden vorliege. Anders verneint SCHÖNKE-SCHRÖDER [73] bei Nichtbefreiung des Schuldners (B) einen Betrug zum Nachteil der Firma mangels einer rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung des Getäuschten zu dem fremden Vermögen.

Es interessiert in diesem Zusammenhang allein ein möglicher

---

71) NJW 1968, 1147 f.

72) NJW 1968, 1148 a.E.

73) § 263 Rdnr. 46 a.

Dreiecksbetrug. Objekt einer Verfügung des Getäuschten B könnte das ausgezahlte Geld oder die Forderung der Firma C sein, die B durch die Zahlung zum Erlöschen bringen will. Das Geld als solches scheidet zur Begründung eines Dreiecksbetrugs aus, steht es doch zunächst noch im Eigentum des B, so daß er insoweit nur über sein eigenes Vermögen verfügen kann. Stellt man auf die Forderung ab, so scheint eine Verfügung über sie durch B schon deshalb zweifelhaft zu sein, weil C ja mangels Befreiung des B die Forderung in voller Höhe behalten hat. Unabhängig davon aber würde eine Verfügung über fremdes Vermögen voraussetzen, daß B hinsichtlich des Verfügungsgegenstands Repräsentant des C wäre. Ein objektives Zuordnungsmerkmal läßt sich mit SCHÖNKE-SCHRÖDER nicht feststellen. Somit kann B nur dann zum Lager des C gerechnet werden, wenn seine subjektive Einstellung ein solches Näheverhältnis zu C begründet. Ein Wille des B, für C dessen Interessen wahrzunehmen, kann aber ebenfalls nicht angenommen werden, geht es B doch darum, s e i n e Schuld zu tilgen. Der zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit leistende Schuldner steht also nicht im Lager des Gläubigers. Mithin entfällt ein Dreiecksbetrug.

B ist regelmäßiger Kunde des Kaufmanns C. A täuscht dem B vor, er, A, sei der Vertreter des C, weshalb B nunmehr seine Ware bei A bestellt.

RG 26, 227 nahm einen Betrug zum Nachteil des C an. Zu diesem Ergebnis scheinen auch RG 6, 75 und OLSHAUSEN [74] zu neigen, während OPPENHOFF [75] den gegenteiligen Standpunkt vertrat. Freilich sehen die bisher Genannten das Problem ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Schadensfeststellung. Demgegenüber lehnte HEGLER [76] mangels einer vermögensverschiebenden Disposition einen Dreiecksbetrug ab, während dieses Ergebnis von

74) 2. Aufl., a.a.O., § 263 N. 28.
75) 3. Aufl., a.a.O., § 263 N. 14.
76) VDB VII, S. 429 Fn. 4, S. 447 Fn. 1.

HARDWIG [77] mit dem Hinweis auf die fehlende Selbstschädigung und von SCHÖNKE-SCHRÖDER [78] mit dem Fehlen einer rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung begründet wird.

Die Frage des Vermögensschadens [79] stellt sich erst gar nicht, wenn schon vorher bei der Prüfung der Vermögensverfügung ein Repräsentantenverhältnis zwischen B und C verneint wird.

Als Verfügungsobjekt kommen nur die sich aus der Stammkundeneigenschaft des B ergebenden Gewinnaussichten - HARDWIG [80] nennt es "Tatsache des Kundeseins" - in Betracht. Zweifelsfrei hängt die Realisierung der Gewinnaussichten von dem Verhalten des B ab, kann er doch weiter bei C kaufen oder es unterlassen. Es läßt sich daher eine "tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit" des B auf die Gewinnchancen nicht bestreiten. Freilich beruht diese Einwirkungsmöglichkeit auf der Eigenart des Verfügungsobjekts "Gewinnerwartung", nämlich der Abhängigkeit vom Kundenwillen bei dem (zweiseitigen) Kaufvertrag. Daraus läßt sich weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht eine Zuordnung des B zum Lager des C herauslesen. Mangels einer Repräsentantenstellung des B ist daher mit HARDWIG wegen fehlender "Selbstschädigung" ein Dreiecksbetrug zu verneinen. Es kommt allein ein Verstoß des A gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Betracht.

Eine dem Kundenabwerbungs-Fall ähnliche Problematik liegt auch dem folgenden Sachverhalt [81] zugrunde:

Eine Großstadt schreibt öffentlich die Tiefbauarbeiten für den Bau einer bestimmten Straße aus. Unter anderen bewerben sich die Bauunternehmer A und C. Als A zufällig erfährt, daß C das

---

77) GA 1956, 7 f; ihm folgend OLLMANN, Diss. S. 124 ff.

78) § 263 Rdnr. 46 a.

79) Das gilt ebenso für das Merkmal der "Stoffgleichheit"; ausführlich dazu OLLMANN, Diss. S. 121 ff.

80) GA 1956, 7.

81) Nachgebildet der Entscheidung BGH 17, 147.

billigste Angebot, er, A, das zweitbilligste abgegeben habe und voraussichtlich C den Zuschlag erhalten werde, begibt sich A zu dem maßgeblichen städtischen Beamten B und spiegelt diesem vor, daß die Arbeiten des C von schlechter Qualität und auch nie termingerecht beendet seien. Daraufhin erhält A den Zuschlag.

Der BGH [82] hielt - wie in einem ähnlichen Fall RG 73, 382 (384), anders allerdings RG 47, 151 (153 f.) [83] - einen Dreiecksbetrug für gegeben; Ausführungen über die Personenverschiedenheit ersparte sich der erkennende Senat, weil er offensichtlich nur die Vermögenszugehörigkeit [84] der Erwerbsaussicht für zweifelhaft hielt. Im Ergebnis stimmt MAURACH [85] mit dem BGH überein, wobei er sich auf den Hinweis beschränkt, es genüge, daß der Verfügende tatsächlich in der Lage sei, auf fremdes Vermögen einzuwirken. Demgegenüber ist SCHRÖDER [86] der Ansicht, daß es gerade an der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit fehle, weshalb ein Betrug entfalle. Nach der Auffassung von GALLAS [87] schließlich mangelt es an der "Stoffgleichheit".

Als Objekt einer Vermögensverfügung des B könnte auf dem Gewinn aus dem durchgeführten Vertrag oder auf die Aussicht auf diesen Gewinn abgestellt werden. Der Gewinn bzw. der ihm zugrunde liegende Werklohnanspruch, die gerade den Abschluß des Vertrages voraussetzen, gehören zweifelsfrei (noch) nicht zu dem Vermögen des Bauunternehmers C; folglich kann B darüber noch gar nicht "verfügt" haben, weshalb insoweit ein Dreiecksbetrug ausgeschlossen ist. Dies würde auch für die Erwerbs-

---

82) Siehe die vorstehende Fn.

83) Die Entscheidung ist - stellt man auf die Minderung der Erwerbschance ab - vergleichbar.

84) Ebenso OLLMANN, Diss. S. 128 ff; siehe auch unten Fn.88.

85) BT, S. 315 oben.

86) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a.

87) Eb.-Schmidt-Festschrift, S. 431 f.

aussicht gelten, falls sie noch nicht Bestandteil des Vermögens des C wäre.

Geht man dagegen mit dem BGH von ihrer Zugehörigkeit zum Vermögen des C aus, so stellt sich die weitere Frage nach dem Repräsentantenverhältnis zwischen B, der für die Stadt handelt, und C. Die Ausschreibung der Stadt stellt zivilrechtlich eine invitatio ad offerendum dar, der C - wie auch die anderen Bewerber - durch die Abgabe eines befristeten Angebots gefolgt ist. Dadurch hat B, genauer gesagt die Stadt, eine Position erlangt, wie sie jede andere Person besitzt, der gegenüber mehrere bindende, annehmbare Angebote unterbreitet wurde: Sie kann auswählen, ob und welches der Angebote sie annehmen will. Somit läßt sich eine gewisse tatsächliche Möglichkeit, über die Erwerbschance zu verfügen, nicht leugnen. Hinzu kommt, daß man aus der Abgabe des Angebots auf den Willen des Anbietenden schließen kann, die Stadt möge das Angebot auch annehmen und auf diese Weise über die Erwerbschance "verfügen", d.h. sie realisieren.

Gewichtige Überlegungen sprechen jedoch gegen die Annahme einer Repräsentantenstellung [88] des B:
Die Erwerbschance - das Handlungsobjekt - besteht genau betrachtet in nichts anderem als der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, daß der Angebotsempfänger das Angebot annehmen werde. Ähnlich wie beim Kundenabwerbungsfall läßt sich damit ein Repräsentantenverhältnis nicht herstellen, fehlt es doch an einer über das Handlungsobjekt hinausgehenden Beziehung zwischen C und der Stadt bzw. B; insbesondere hat die Stadt bzw. B nicht den Willen, für C zu handeln. Es besteht nämlich zwischen den potentiellen Vertragskontrahenten ein Interessengegensatz. Jeder ist bestrebt, die Verpflichtung zur eigenen Leistung niedri zur Gegenleistung hoch anzusetzen. Mithin stellt sich der Aus-

88) Dieses Erfordernis - und damit die eigentliche Dreiecksproblematik - wird von OLLMANN, Diss. S. 131 - 135, völlig übersehen.

schreibende nicht als Repräsentant des Bewerbers dar. Der Ausschreibungs-Fall entspricht nicht dem Gedanken der Opferschädigung.

Es hat sich gezeigt, daß in den bisherigen Fällen der Lösungsvorschlag für den Sachbetrug auch auf den Nicht-Sachbetrug angewendet werden konnte. Daraus kann die These abgeleitet werden, daß die Unterschiede zwischen den Verfügungsobjekten "Sache" und "Nicht-Sache" sich auf die Lösung der Dreiecksproblematik nicht auswirken. Diese These wird unten noch durch weitere Fallösungen erhärtet werden.

VII. AUSDRÜCKLICHE KRITIK DER ANDEREN MEINUNGEN

Die anderen Auffassungen sind teilweise schon bei der Erarbeitung des eigenen Lösungsvorschlags kritisiert worden. Die ausdrückliche Kritik kann sich mithin darauf beschränken, die wesentlichen Unterschiede hervorzuheben.

1) Die herrschende Meinung

Die h.M. [1] grenzt den Diebstahl in mittelbarer Täterschaft von dem Dreiecksbetrug in erster Linie danach ab, ob die getäuschte Mittelsperson Gewahrsam am Handlungsobjekt besitzt. Ist das der Fall, so soll ein Betrug, ansonsten ein Diebstahl vorliegen. Hat der Getäuschte die Stellung einer Gewahrsamsschutzperson (Gewahrsamsdiener) oder eines Mitgewahrsamsinhabers, so soll es auf dessen tatsächliche Verfügungsbefugnis oder tatsächliche Beziehung zu dem fremden Vermögensgegenstand ankommen [2].

---

1) Siehe oben:
BGH, S. 18 ff; OLGe, S. 21 ff; SCHRÖDER, S. 26 ff.; WELZEL, LEIBROCK u. MAURACH, S. 35 f.

2) Insoweit besteht innerhalb der h.M. keine völlige Einigkeit; vgl. in der vorstehenden Fn. die Unterschiede insbesondere bei SCHRÖDER und WELZEL.

a) Keine einheitliche Lösung für Sach- und Nicht-Sachbetrugsfälle

Das Abstellen auf den Gewahrsam setzt begriffsnotwendig eine Sache voraus. Diese Lösung kann somit in all den Fällen nicht unmittelbar übernommen werden, in denen das Handlungsobjekt keine Sache ist. Wird es dennoch unter Betonung der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit versucht - wie z.B. im Ausschreibungs-Fall [3] -, so können die Vertreter dieser Meinung zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen [4], weil der auf Sachen zugeschnittene Gewahrsamsbegriff angewendet auf Nicht-Sachen ungeeignet ist. Die h.M. muß sich daher den Vorwurf gefallen lassen, daß sie keine einheitliche Lösung für alle Dreiecksachverhalte zur Verfügung stellen kann.

b) Der falsche Lösungsansatz der h.M.

Aber auch wenn es sich um Sachen als Handlungsobjekte handelt, vermag die h.M. nicht zu überzeugen. Sie schiebt schon im Lösungsansatz das Problem auf ein falsches Gleis, indem sie den Gedanken der Opferschädigung nicht richtig versteht. Die Vermögensverfügung des Vermögensfremden kann nur dann als Opferschädigung angesehen werden, wenn der Getäuschte und der Geschädigte gewissermaßen eine Einheit bilden, wenn zwischen beiden eine besondere Beziehung - eben das Repräsentantenverhältnis - besteht. Natürlich kann diese Beziehung nicht abstrakt, sondern nur bezüglich des Verfügungsobjekts festgestellt werden. Demgegenüber berücksichtigt die h.M. schon im Grundsatz die Stellung des Vermögensinhabers nicht, sondern stellt ausschließlich auf die tatsächliche Beziehung der vermögensfremden Mittelsperson zum Handlungsobjekt ab. Die h.M. schüttet sich auf diese Weise den Weg zu einer dem Opferschä-

---

3) Siehe oben S. 84 f.

4) Siehe oben S.85, die Ansichten von MAURACH, BT, S. 315 und SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a.

digungsgedanken entsprechenden Lösung zu, ist doch eine Opferschädigung durch einen Dritten ohne Einbeziehung des Geschädigten nicht denkbar.

Daß die h.M. trotz dieser falschen Weichenstellung in vielen Fällen zu richtigen Ergebnissen gelangt, mag verwunderlich sein. Allein bei näherem Zusehen zeigt sich, daß dem Gewahrsam eine gewisse Indizwirkung [5] zukommt. Die Einräumung des Gewahrsams geschieht häufig als Ausfluß eines oder im Zusammenhang mit einem bestehenden Repräsentantenverhältnis; entsprechend k a n n Nichtgewahrsam auf das Fehlen eines solchen Verhältnisses hinweisen. Die h.M. gelangt also immer dann zu richtigen Ergebnissen, wenn dieser Zusammenhang - "Gewahrsam/Repräsentantenverhältnis" und "kein Gewahrsam/kein Repräsentantenverhältnis" - gegeben ist. Wäre der Zusammenhang zwingend, könnte unter Hintanstellung dogmatischer Bedenken wegen des richtigen Ergebnisses möglicherweise auf eine Korrektur der h.M. verzichtet werden. Indes können (Nicht-)Gewahrsam und (Nicht-)Repräsentantenverhältnis auseinanderfallen [6]. Dies wird deutlich im folgenden Fall:

B stiehlt dem C ein Buch. A täuscht B über den Wert des Buches, wodurch er plangemäß erreicht, daß B ihm das Buch schenkt.

Die h.M. [7] nimmt hier die für einen Betrug zum Nachteil des C nach ihrer Auffassung erforderliche "tatsächliche Beziehung" an, bestehen doch hinsichtlich des Gewahrsams des B keine Zweifel. Der Vorgang des Gewahrsamserwerbs - mittels einer Straftat - bleibt bewußt unberücksichtigt; eben das bloße Bestehen der tatsächlichen Einflußmöglichkeit ist für die h.M. maßgeblich.

---

5) Insoweit ist SCHÜNEMANN, a.a.O., S. 48, zuzustimmen, wenn er meint, die h.M. verunklare die Bedeutung der Gewahrsamslage.

6) Es wurden bereits einige solcher Fälle behandelt, z.B. der Schreibmaschinen-Fall, oben S. 74.

7) So ausdrücklich SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a; MAURACH, BT, S. 315.
GALLAS, Eb.-Schmidt-Festschri t, S. 427 Anm. 73, bejaht den Dreiecksbetrug, allerdings ohne das Problem der Nichtidentität zu sehen. Er bezieht sich hauptsächlich auf die "Vermögensbeschädigung".

Zu einem anderen Ergebnis gelangt die hier vorgeschlagene Lösung: Zur Veräußerung der gestohlenen Sache ist B weder objektiv berechtigt, noch will er für C und in dessen Interesse handeln. Die Handlung des B kann somit nicht als Opferschädigung bewertet werden, weshalb ein Dreiecksbetrug ausscheidet. Als Straftat gegenüber C [8] käme eine Unterschlagung, eventuell auch eine Sachhehlerei in Betracht.

Dieser Fall zeigt deutlich, daß die h.M. letztlich den Opferschädigungsgedanken nicht zur Grundlage ihrer Lösung macht. Sie kann daher nur " z u f ä l l i g " zu richtigen Ergebnissen gelangen, wenn nämlich der Zusammenhang von "tatsächlicher Beziehung" und Repräsentantenverhältnis vorliegt.

c) Spezielle Kritik an SCHRÖDERs Auffassung der Idealkonkurrenz von Dreiecksbetrug mit objekts- und handlungsidentischem Diebstahl

Der Widerspruch zum Gedanken der Opferschädigung tritt auch insofern deutlich bei SCHRÖDER hervor, als er bei Täuschung des Gewahrsamsdieners zum Nachteil des Gewahrsamsinhabers einen Betrug in Idealkonkurrenz [9] mit einem Diebstahl annimmt [10]; bemerkenswerterweise geht SCHRÖDER von e i n e r Handlung, e i n e m Handlungsobjekt und e i n e m Geschädigten aus. Abstrahiert vertritt er also die These, daß ein einziger Schaden gleichzeitig als Fremdschädigung und als Selbstschädigung (Opferschädigung) angesehen werden kann [11].

---

8) Eine andere Frage ist es, ob A gegenüber B einen (Identitäts-)Betrug begangen hat. Das hängt davon ab, ob man der rechtswidrig erlangten Gewahrsamsposition des B Vermögenswert beimißt.

9) ZStW 60, 81; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 140.

10) ZStW 60, 79.

11) Außer von SCHRÖDER wird diese Auffassung heute kaum noch vertreten.
Während WELZEL in Lb., S. 372, SCHRÖDER folgt, hält er in GA 1961, 350 (351), Idealkonkurrenz für "offenkundig un-

Freilich soll das nur bei Dreieckssachverhalten gelten. Für die Identitätskonstellation nimmt auch SCHRÖDER eine logische Exklusivität von Betrug und Diebstahl an [12].

SCHRÖDERs Ergebnis ist ohne logischen Widerspruch nicht denkbar. Was für den Identitätsfall gilt, muß auch bei Personenverschiedenheit richtig sein, wenn - und davon geht auch SCHRÖDER aus [13] - das Wesen des Dreiecksbetrugs in der Selbstschädigung (Opferschädigung) gesehen wird [14]. SCHRÖDER stellt auf den Willen des getäuschten Vermögensfremden hinsichtlich der Verfügung, gleichzeitig aber auch - hinsichtlich der Wegnahme - auf den Willen des Vermögensinhabers ab. Er verkennt damit den Opferschädigungsgedanken, dessen besondere Bedeutung bei Personenverschiedenheit eben darin besteht, daß der Getäuschte und der Geschädigte zusammen in einem Lager stehen, weshalb es auf den Willen nur einer dieser beiden Personen ankommt. Diese Person muß aber der unmittelbar Handelnde, also der Getäuschte, sein, und zwar schon allein wegen der Bedeutung seines Willens für das Problem der Abgrenzung von Verfügung und Wegnahme. Dieser Erkenntnis hat sich auch der BGH nicht verschlossen, wenn er im Sammelgaragen-Urteil [15] betont, daß es allein auf die Willensentschließung des gutgläubigen Mitgewahrsamsinhabers ankomme, der der Sache am nächsten stehend die unmittelbar räumliche Einwirkungsmöglichkeit habe. Die von SCHRÖDER vorgenommene Aufspaltung hingegen würde dazu führen, daß der Getäuschte hinsichtlich e i n e r Handlung eine Doppelstellung einnehmen würde: Er stünde gleichzeitig "im Lager" des Geschädigten als auch außerhalb dessel-

---

möglich"; ähnlich auch schon WELZEL, GA 1960, 257 (258 Fn.1). Ebenso hat GRIBBOHM seine ursprüngliche Meinung, JuS 1964, 233 ff., in NJW 1967, 1897 nicht mehr aufrecht erhalten, siehe oben S. 34. Nicht eindeutig LENCKNER, JZ 1966, 321.

12) ZStW 60, 41.

13) ZStW 60, 70.

14) Siehe oben S. 75.

15) BGH 18, 221 (223).

ben, was nicht denkbar ist. Auch scheint SCHRÖDER zu übersehen, daß der Identitätsbetrug als Normalfall den Maßstab für die Zulässigkeit des Dreiecksbetrugs bildet; wenn - was auch SCHRÖDER anerkennt [16] - im Identitätsfall sich Betrug und Diebstahl ausschließen, so kann bei Personenverschiedenheit nichts anderes gelten: Eine solche Lösung gereicht dem geschädigten Vermögensinhaber auch nicht zum Nachteil, weil der Wille des Getäuschten nur dann maßgeblich ist, wenn die besondere Beziehung, das Repräsentantenverhältnis, zwischen dem Getäuschten und dem Geschädigten besteht. Abgesehen davon stellt es für den Geschädigten ohnehin keinen Nachteil dar, wenn man das Verhalten des Täters "nur" als Betrug - und nicht auch noch als Diebstahl - wertet.

Im Ergebnis wird daher heute nahezu einhellig die Auffassung vertreten, daß Diebstahl mit objekts- und handlungsgleichem Betrug nicht zusammenfallen kann [17].

2) LENCKNER, WEDEKIND und GRIBBOHM

LENCKNER, WEDEKIND und GRIBBOHM [18] vertreten eine an dem

---

16) ZStW 60, 41.

17) Neben dem BGH und den anderen in Fn. 11 Genannten: BLEI, PDW Nr. 357; CORDIER, NJW 1961, 1340; HIRSCHBERG, S. 339 Fn. 26; MAURACH, BT, S. 314 u. 206; OTTO, ZStW 79, 101; POLIT, Diss. S 23 ff.; ROMMEL, a.a.O., S. 161; SCHÜNEMANN, GA 1969, 52; WEDEKIND, Diss. S. 51, 56. Auch diejenigen sind hierher zu rechnen, die zwar eine Idealkonkurrenz für möglich halten, dabei aber auf zwei (!) Handlungen - so z.B. das OLG Köln, die oben S. 21 f. genannte Entscheidung - oder auf zwei (!) Handlungsobjekte abstellen: CRAMER, Vermögensbegriff, S. 232; LEIBROCK, Diss. S. 200 ff.; GRIBBOHM, JuS 1964, 236, aufgegeben in NJW 1967,1897; diese Auffassung ist aus logischen Gründen nicht zu beanstanden. Sie begegnet aber den von SCHÜNEMANN in GA 1969, 52 genannten Bedenken. Zu ergänzen ist, daß eine Atomisierung des Sachverhalts in eine Fremd- und eine Selbstschädigung als lebensfremd abgelehnt werden muß.

18) Siehe oben S. 32 ff.

Opferschädigungsgedanken orientierte Lösung. Im Gegensatz zur h.M. verneinen sie als Abgrenzungskriterium die tatsächliche Verfügungsbefugnis und stellen vielmehr für den Dreiecksbetrug darauf ab, ob der Getäuschte im "Lager", im "Machtkreis" des Geschädigten stehe. Damit sprechen sie - wie der eigene Lösungsvorschlag - das personale Element des Opferschädigungsgedankens im Grundsatz an. Insoweit ist ihnen zuzustimmen. Allerdings ist ihr Lösungsvorschlag so allgemein, daß er nur als Wegweiser anzusehen ist, ohne selbst eine detaillierte Lösung zu enthalten. Auch bleibt offen, ob ihre Lösungskonzeption gleichfalls auf den Nicht-Sachbetrug angewendet werden soll.

Schließlich ruft die Auffassung von LENCKNER Widerspruch hervor, falls er mit SCHRÖDER Idealkonkurrenz von Dreiecksbetrug mit Diebstahl bei Objekts- und Handlungsidentität annehmen sollte [19].

3) DREHER

Die Kritik an der h.M. trifft zum Teil auch für DREHER [20] zu, da er einen Dreiecksbetrug verneint, wenn der Getäuschte nicht eine "Einwirkungsmöglichkeit auf die ihm nahe stehende Sache" [21] besitzt [22]. Obwohl DREHER ausdrücklich einen Gewahrsam des Getäuschten nicht verlangt, kommt er mit seiner Formel von der Einwirkungsmöglichkeit der h.M. sehr nahe. Allerdings unterscheidet er sich insofern, als er für den Betrug zusätzlich fordert, daß der Getäuschte "für" den Geschädigten und "an dessen Stelle" handeln müsse [23], was Zustimmung verdient [24].

---

19) Siehe oben S. 32 f.

20) Siehe oben S. 34 f.

21) JR 1966, 29 (30).

22) DREHER wird auch von LENCKNER, JZ 1966, 320 (321), zustimmend SCHÜNEMANN, GA 1969, 48 Fn. 22, kritisiert. Dazu hat DREHER in GA 1969, 56 (57) Stellung genommen.

23) JR 1966, 29 (30); GA 1969, 56 (60).

24) Siehe oben S. 68 ff.

Allerdings scheint DREHER nicht der Auffassung zu sein, daß dieses subjektive Erfordernis seine Berechtigung (nur) aus dem Opferschädigungsgedanken gewinnt. Er stellt darauf nämlich nicht als maßgebliches Kriterium ab, sondern betont als weitere - in allen Fällen notwendige - Voraussetzung eben die faktische Einwirkungsmöglichkeit, wobei diese auch rechtswidrig oder mittels einer strafbaren Handlung erlangt sein könne. Damit setzt er sich aber der Kritik aus, die schon gegen die h.M. insoweit erhoben wurde [25].

4) OTTO

Der Lösung von OTTO [26] kann weitgehend zugestimmt werden; insbesondere seinem Bemühen, den Selbstschädigungsgedanken für die Differenzierung von Diebstahl und Betrug fruchtbar zu machen.

Allerdings versteht OTTO m.E. den Gedanken der Opferschädigung zu eng [27]. Er verlangt zur Begründung der hier als Repräsentantenverhältnis bezeichneten Beziehung seitens des Geschädigten eine Mitwirkungshandlung, in der er dessen Selbstschädigungsakt erblickt. Die Verfügungen des Getäuschten seien wie Selbstschädigungsakte des Berechtigten anzusehen, wenn - und weil - der Täter die von dem Berechtigten selbst geschaffene Verfügungsmöglichkeit über dessen Vermögen ausnutze [28]. Eine konsequente Anwendung dieser Lösung würde dazu führen, daß schon die Fälle der gesetzlichen Vertretung mangels Opferschädigung nicht als Betrug qualifiziert werden könnten; erst recht müßte dies für Fälle in der Art des Vormund- und des Schreibmaschinenfalls gelten.

---

25) Siehe oben S. 88 ff.
26) Siehe oben S. 29 f.
27) Siehe oben S. 69 ff. und 74 ff.
28) OTTO, ZStW 79, 84 f.

5) SCHÜNEMANN und ROXIN

SCHÜNEMANN [29], dem sich offenbar ROXIN angeschlossen hat [30], ist eingehend schon von DREHER [31] kritisiert worden. Zu Recht rügt DREHER, daß SCHÜNEMANN nur eine These aufgestellt, aber keinen Beweis geliefert habe; daß sich seine These nicht verifizieren lasse; daß sie auch nicht den Typenunterschied zwischen den einzelnen Vermögensdelikten evident mache.

Darüber hinaus scheint SCHÜNEMANNs Parallele zum Zivilrecht - wohl eine Fortführung der Gedanken OTTOs - nicht recht zu passen. Gerade die Institute der "Anscheinsvollmacht" und "Duldungsvollmacht" dienen dem Verkehrsschutz; sie sind für das "Außenverhältnis" geschaffen, so daß ihre analoge Anwendung auf das "Innenverhältnis" mehr als fragwürdig erscheint. SCHÜNEMANNs Lösung läßt auch den Eindruck entstehen, als käme es darauf an, ob durch die Verfügung des Getäuschten eine Rechtswirkung (vgl. § 164 BGB) in der Person des Geschädigten eintrete; selbstverständlich ist dieser zivilrechtliche Aspekt völlig uninteressant, geht es doch um die strafrechtliche Charakterisierung der Handlung des Täters, wobei es dem Geschädigten ohnehin gleichgültig sein dürfte, ob diese Tat als Diebstahl oder Betrug eingestuft wird.

VIII. ANWENDUNG UND ÜBERPRÜFUNG DER VORGESCHLAGENEN LÖSUNG

Der eigene Lösungsvorschlag soll nunmehr angewendet, dabei überprüft und eventuell auch noch präzisiert werden.

1. Sachbetrug

Das S a m m e l g a r a g e n - U r t e i l des BGH, des-

---

29) Siehe oben S. 30 ff.
30) Siehe oben S. 32 und JuS 1969, 372 (375 f.).
31) GA 1969, 56 ff.

sen Sachverhalt bereits mitgeteilt wurde [32], hat zu Recht hinsichtlich des Ergebnisses - Annahme eines Betrugs - allgemein Zustimmung [33] gefunden:
Die C hat den Garagenwächter B - zumindest konkludent - ermächtigt, ihren Wagen an A herauszugeben. B besaß auch den Willen, für die C zu handeln. Damit war B der Repräsentant der C, so daß ein Dreiecksbetrug vorlag.

In der Abwandlung des Zimmerwirtin-Falles [34] wird durch die ausdrückliche Herausgabenanordnung der C ebenso eindeutig ein Repräsentantenverhältnis begründet. Mithin kann auch hier ein Dreiecksbetrug angenommen werden [35].

Der C hat einen echten "Picasso" geerbt. Er bittet seinen Bekannten, den Kunsthändler B, für ihn das Bild zum Preise von 10 000 DM zu verkaufen. Als B das Bild zugeschickt erhält, erkennt er sofort, daß es mindestens 50 000 DM wert ist. Dennoch veräußert er es, nachdem zuvor C wieder Alleingewahrsam begründet hatte, im Namen des C an A für 10 000 DM entsprechend der Weisung, weil er, B, dem C die Erbschaft nicht gönnt. Später stellt sich heraus, daß die von A erhaltenen 10 000 DM in bar aus gefälschten Banknoten bestanden.

B mag hier mit der Veräußerung zu diesem Preis letztlich nicht im wohlverstandenen Interesse des C gehandelt haben; dennoch ist seine Verhaltensweise - ähnlich wie in dem Fall auf S. 77 - durch die Bevollmächtigung in objektiver Hinsicht gedeckt,

---

32) Siehe oben S. 5.

33) GRIBBOHM, NJW 1967, 1897; DREHER, JR 1966, 29 (30) u. § 263 Anm. 4 A; LENCKNER, JZ 1966, 321; MAURACH, FuL, S. 50, dagegen ablehnend in BT, S. 313; OTTO, ZStW 79, 76 (81); SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46; SCHÜNEMANN, GA 1969, 46 f., 55.

34) Zum Sachverhalt siehe oben S. 6; der Zimmerwirtin-Fall selbst wurde bereits oben S. 78 ff. erörtert.

35) Ebenso DREHER, JR 1960, 29 f.; OTTO, ZStW 79, 80 f. (Hausmädchen); SCHÜNEMANN, GA 1969, 47, 55.

weshalb das Schädigungsbewußtsein des B seiner Repräsentantenstellung nicht entgegenstent [36]. B stand hinsichtlich der Veräußerung zum Preise von 10 000 DM, wobei der fehlende Gewahrsam keine Rolle spielt, im Lager des C. A hat also einen (Dreiecks-)Betrug begangen.

Eine andere, im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierende Frage ist es, ob sich B etwa wegen eines fremdnützigen Identitätsbetrugs gegenüber C strafbar gemacht hat, indem er ohne Mitteilung an C das Bild weit unter seinem Wert verkaufte.

Der C [37] ist zu einem Dämmerschoppen in das Gasthaus gegangen. Plötzlich setzt ein Schneesturm ein. Dies macht sich A, der den C im Gasthaus gesehen hat, zunutze. Er erscheint im Hause des C mit angeblichen Grüßen des C und dem - vorgespiegelten - Auftrag, dessen Winterpelz zu holen. Das Hausmädchen B des C gibt daraufhin den Pelz an A heraus, der damit verschwindet.

Während OTTO [38] nur Betrug, LEIBROCK [39] nur Diebstahl annimmt, liegt nach SCHRODERs [40] Auffassung beides vor.

Die Ansicht von SCHRÖDER, daß bei Tat- und Handlungsobjektsidentität Betrug und Diebstahl ideel konkurrieren können, ist bereits oben abgelehnt worden [41]. Freilich ist damit noch nicht gesagt, welches der beiden Delikte hier vorliegt. Da eine Vermögensverfügung über Sachen nur m i t [42], eine Wegnahme aber nur g e g e n den Willen des Berechtigten er-

---

36) Vgl. die Begründung S. 78.

37) Siehe zum Sachverhalt OTTO, ZStW 79, 84.

38) ZStW 79, 84 f.

39) Diss. S. 183 f.

40) ZStW 60, 79.

41) S. 90 ff.

42) Unbewußte Vermögensverfügungen gibt es nach der Auffassung des Verfassers nur beim Nicht-Sachbetrug.

folgen kann, kommt es darauf an, ob auf den Willen der B oder des C abzustellen ist. Der Wille der B ist dann maßgeblich, wenn sie Repräsentant des C ist [43]. Es kann davon ausgegangen werden, daß C die B ausdrücklich oder konkludent im Rahmen ihrer Bedienstetentätigkeit zu Handlungen dieser Art ermächtigt hat. Schon auf Grund dieses objektiven Zuordnungsmerkmals steht die B im Lager des C, so daß ihr Wille als Zuordnungsfaktor nicht weiter berücksichtigt zu werden braucht [44]. Also hängt die Frage, ob über den Winterpelz verfügt oder ob er weggenommen wurde, vom Willen der B ab. Da B aber den Pelz (willentlich) herausgegeben hat, liegt eine Verfügung vor; mithin ist ein Dreiecksbetrug gegeben. Einen Diebstahl hätte man nur unter der Voraussetzung annehmen können, daß die B nicht Repräsentant des C gewesen wäre, weil dann seinem Willen bei der Gewahrsamsverschiebung des Pelzes ausschlaggebende Bedeutung zugekommen wäre.

A leiht von C dessen Regenschirm. A veräußert den Schirm an den gutgläubigen B.

Zivilrechtlich hat B gutgläubig Eigentum zu Lasten des C erworben, §§ 929, 932, 935 BGB.

Als strafrechtliche Verfügung des B käme nur dessen dem Eigentumserwerb zugrunde liegende Einigungserklärung und Besitzbegründungshandlung in Betracht. Die h.M. kann hier einen Dreiecksbetrug zum Nachteil des C leicht mit ihrer formalen Begründung ablehnen, zeitlich v o r dieser "Verfügung" habe zwischen B und C keine tatsächliche oder rechtliche Beziehung bestanden [45].

---

43) Siehe oben S. 91.

44) Siehe oben S. 77.

45) BOCKELMANN, Nieders., S. 40 r.Sp.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a; WEIMAR, MDR 1961, 24 mangels "Stoffgleichheit";
a.A. KUHNT, Die große juristische Staatsprüfung, 1949, 139 f., zit. nach WEIMAR, MDR 1961, 24 Fn. 1.

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung müßte eine Opferschädigung vorliegen, weshalb B der Repräsentant des C sein müßte. Eine gewisse "Macht" des B gegenüber C läßt sich nicht verkennen, wird er doch Eigentümer und bewirkt den Eigentumsverlust des C. Freilich handelt es sich dabei lediglich um den Ausfluß einer Wertung des zivilrechtlichen Gesetzgebers, der der Interessenkonflikt zwischen dem Eigentümer und dem gutgläubigen Erwerber zugrunde liegt. Gerade dieser Interessengegensatz zeigt deutlich, daß B - in objektiver Hinsicht - nicht im Lager des C steht. Das gilt auch für den subjektiven Bereich, weiß B doch von der Berechtigung des C nichts. Mangels Repräsentantenstellung des B scheidet daher ein Dreiecksbetrug aus. A ist - abhängig von seiner Vorstellung bei dem Leihen des Schirms - wegen Identitätsbetrugs oder Unterschlagung zum Nachteil des C zu bestrafen.

B bricht in das Juweliergeschäft des C ein und entwendet eine wertvolle Uhr. Tags darauf reut ihn sein Verhalten. Er begibt sich in das Geschäft des C und trifft dort den Angestellten A an. B verlangt den Inhaber C des Geschäfts zu sprechen, um ihm "etwas" zurückzugeben. Der unredliche A erhofft eine Verdienstmöglichkeit und gibt sich als C aus, worauf B die Uhr unter Entschuldigungen dem A aushändigt. A behält die Uhr für sich, was er von Anfang an geplant hatte.

Es drängt sich hier der Gedanke einer Unterschlagung des A zu Lasten des C auf. Ein Dreiecksbetrug erscheint abwegig, weil der Dieb scheinbar nicht im Lager des Bestohlenen stehen kann. Die Repräsentantenstellung darf jedoch nicht abstrakt, sondern nur konkret festgestellt werden. Es fragt sich daher, ob B bezogen auf die Rückgabe (!) der Uhr im Lager des C stand. Zivilrechtlich bestand zwischen C und B die Vindikationssituatio der §§ 985, 992, 823 BGB. B war also gegenüber C zur Herausgabe der Uhr verpflichtet und berechtigt. Somit entspricht dieser Sachverhalt dem bereits entschiedenen Finder-Fall [46]. Wie dort hat sich A also eines Dreiecksbetrugs strafbar gemacht.

---

46) Siehe oben S. 67 f.

Münzsammler C aus Düsseldorf bittet B, für ihn, C, Münzen an den Münzhändler A in München zu verkaufen. Bevor B abreist, schreibt C an B einen Brief, in dem B u.a. aufgefordert wird, nicht an A, sondern an D in Hamburg die Münzen zu verkaufen. B überliest diese Stelle in dem sehr umfangreichen Brief und verkauft die Münzen an A. A bezahlt mit einem ungedeckten Scheck, was er von Anfang an geplant hatte.

Zivilrechtlich hat C die dem B erteilte Vollmacht, die Münzen an A zu verkaufen, gem. §§ 168, 130 BGB wirksam widerrufen. Es könnte sich daher - wie in dem Vormund-Fall [47] - eine Repräsentantenstellung des B lediglich auf Grund seiner subjektiven Vorstellung ergeben. B ist irrtümlich, aber unbeeinflußt durch die Täuschung [48], von der Fortdauer der Bevollmächtigung ausgegangen. Er glaubte daher - wie der Vormund -, für C zu handeln und dessen Interessen wahrzunehmen. Es liegt daher auch hier ein Dreiecksbetrug vor.

B und C sind Wohnungsnachbarn. Kleine Gefälligkeiten, wie z.B. die Entgegennahme von Paketen, das vorläufige Bezahlen von Zeitungsrechnungen für den anderen, sind zwischen ihnen nicht üblich. Eines Tages erscheint bei B der A, der sich fälschlich als Bote des C ausgibt und darum bittet, das Fahrrad des C ausgehändigt zu erhalten. B glaubt dem A und begibt sich in den Keller. Die Tür vom Hausflur zu dem Kellergeschoß schließt er mit seinem eigenen Schlüssel auf. Das unverschlossene Rad steht vor der eigentlichen Kellertür des C. B händigt A das Rad des C aus.

C hat den B weder ausdrücklich noch konkludent zur Herausgabe des Rades ermächtigt. Wenn man die Täuschung hinwegdenkt, so sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, daß B von einer Fortdauer oder einem Beginn einer Bevollmächtigung ausgegangen ist. Es fragt sich daher, ob B auf Grund seiner subjektiven Vorstellung zum Lager des C gerechnet werden kann, d.h. B müßte für C und in dessen Interesse handeln wollen. Freilich müßte sich dieser Wille ohne den Einfluß der Täuschung gebildet haben.[49]

---

47) Siehe oben S. 68 ff.

48) Siehe oben S. 78 ff.

49) Siehe oben S. 78 ff.

Das ist nicht der Fall: B ist ein Opfer der Täuschung geworden. Erst auf Grund der Täuschung hat B geglaubt, von C zur Herausgabe des Rades ermächtigt zu sein. Als Werkzeug des A kann B daher nicht Repräsentant des C sein, so daß ein Dreiecksbetrug ausscheidet.

Fehlt es an einer Repräsentantenstellung, so ist nicht auf den Willen des Getäuschten (B), sondern des Berechtigten (C) abzustellen. Da sich die Gewahrsamsverschiebung an dem Rad gegen den Willen des C vollzogen hat, also ein Gewahrsamsbruch vorliegt und da auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, hat sich A eines Diebstahls in mittelbarer Täterschaft schuldig gemacht.

Händler A hat in der Zeitung inseriert, daß er die 5-DM-Sondermünze "Markgraf von Baden" zu einem Liebhaberpreis ankaufe. Münzsammler C ist an diesem Geschäft interessiert und vereinbart mit A eine Zusammenkunft in einem Café. Als C unerwartet zu dem vereinbarten Zeitpunkt verhindert ist, bittet er B, für ihn den Termin wahrzunehmen. Zu diesem Zweck übergibt C dem B die Markgraf-Münze mit der klaren Anweisung, diese nur zu einem Preise von "mindestens 100,-- DM" zu veräußern. Während des Verkaufsgesprächs, zu dessen Beginn sich B dem A als Vertreter des C vorgestellt hatte, erkennt A, daß B im Münzhandel nicht bewandert ist. A täuscht dem B vor, daß eine geringfügige, in Wahrheit unbedeutende Beschädigung der Münze deren Wert entscheidend mindere. Auf diese Weise erreicht es der A, daß B die Münze zum Preise von 30,-- DM für C veräußert. B weiß, daß er gegen die Weisung des C handelt, glaubt aber, noch ein gutes Geschäft für C zu machen. Tatsächlich hatte die Münze einen Wert von 100,-- DM.

Zivilrechtlich hat B die Vollmacht überschritten [50]. Die Überschreitung war für A erkennbar, da er annehmen konnte und mußte, daß B zu einer Veräußerung völlig unter dem Wert der Münze nicht bevollmächtigt war [51].

---

50) Zum Begriff der Vollmachtsüberschreitung siehe SOERGEL/SCHULTZE-v. LASAULX, a.a.O., § 177 Rdnr. 15.

51) Siehe zum Umfang der Vollmacht SOERGEL/SCHULTZE-v. LASAULX, a.a.O., § 167 Rdnr. 41.

Strafrechtlich ist zu prüfen, ob B hinsichtlich der Veräußerung zu 30,-- DM als Repräsentant des C anzusehen ist. Dafür kann die Gewahrsamslage lediglich von indizieller Bedeutung sein. Maßgeblich ist vielmehr, ob B im Lager des C stand. Zwar hat B in objektiver Hinsicht die fehlende Bevollmächtigung gekannt, aber wegen der Beschädigung der Münze geglaubt, noch einen günstigen Geschäftsabschluß erreicht zu haben. B hat daher - wie im Schreibmaschinen-Fall [52] - gemeint, im Interesse des C für diesen zu handeln. Wegen der Repräsentantenstellung des B ist also auch hier ein Dreiecksbetrug anzunehmen.

2. Nicht-Sachbetrug

A [53] unterhält ein Girokonto bei der Bremer Sparkasse. Uber dieses Konto durfte er nach den mit der Sparkasse getroffenen Vereinbarungen mittels Scheck und Scheckkarte verfügen, wobei sich die Sparkasse verpflichtet hatte, Schecks bis zur Höhe von 200 DM einzulösen. Entsprechend einem zuvor gefaßten Plan löste A innerhalb eines bestimmten Zeitraums in der gesamten Bundesrepublik 236 auf die Bremer Sparkasse gezogene Schecks über je 200,-- DM unter Vorlage der Scheckkarte ein. Er wußte dabei, daß die ihm von der Sparkasse gesetzte Grenze für eine Kontoüberziehung überschritten war. Die Sparkasse honorierte die Schecks im Rahmen der Scheckkarten-Garantie.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nur die vom BGH bejahte Frage, ob A einen Dreiecksbetrug zum Nachteil der Bremer Sparkasse begangen hat. Dabei soll das Augenmerk auf das sich aus dem Gedanken der Opferschädigung ergebende Erfordernis der Repräsentantenstellung gerichtet werden; der weiteren Kritik an der BGH-Entscheidung [54] - fehlende Täuschung, fehlender Irrtum, fehlender Kausalzusammenhang und fehlende Unmittelbarkeit - soll nicht nachgegangen werden.

---

52) Siehe oben S. 74 ff.

53) Scheckkartenfall des BGH, NJW 1972, 1904 = DB 1972, 1815 = JR 1973, 116 = JZ 1972, 706 = MDR 1972, 963.

54) Siehe GÖSSEL, MDR 1973, 177; GROSS, NJW 1973, 600; SCHRÖDER, JZ 1972, 707; SEEBODE, JR 1973, 117.

Die Annahme eines Dreiecksbetrugs setzt voraus, daß die die Schecks entgegennehmenden Banken über das Vermögen der Bremer Sparkasse verfügt haben und daß sie als deren Repräsentanten angesehen werden können. Es kommt - anders ausgedrückt - darauf an, ob die Banken als Schecknehmer im Lager der Bremer Sparkasse stehen [55].

In objektiver Hinsicht läßt sich eine Zuordnung nicht feststellen: Zwar löst der Schecknehmer durch die Annahme des Schecks und die Auszahlung des Scheckbetrages die Verpflichtung der scheckkartenausstellenden Sparkasse aus, diesen Betrag zurückzuzahlen, aber darin kann keine Ermächtigung zur Verfügung über das fremde Vermögen gesehen werden. Die Stellung der annehmenden Bank kann - worauf SCHRÖDER zu Recht hinweist [56] - insoweit mit derjenigen eines gutgläubigen Erwerbers von Sachen verglichen werden. Auch dort fehlt es - wie bereits ausgeführt [57] - an einer Repräsentantenstellung. Dies wird noch deutlicher, wenn man sich vorstellt, daß der Schecknehmer keine Bank, sondern ein Geschäftsmann gewesen ist, wodurch sich an der sachlichen Bewertung nichts ändern würde.

Eine Repräsentantenstellung kann auch nicht lediglich mit der subjektiven Vorstellung [58] des Schecknehmers begründet werden. Die Bank bzw. deren Angestellte haben nicht den Willen, für die scheckkartenausstellende Sparkasse deren Interessen

---

55) Es überrascht, daß das BGH-Urteil zu dieser Frage keine Ausführungen enthält. Das hängt offensichtlich damit zusammen, daß der BGH meint, es bestehe "wesensmäßig kein Unterschied" zwischen dem "normalen" Scheckbetrug und dem Scheckkarten-Fall. Dabei übersieht der BGH, daß es vorliegend um die Dreiecksproblematik geht, während beim Scheckbetrug Verfügender und Geschädigter identisch sind!

56) JZ 1972, 707 (709).

57) Siehe oben S. 98 f.

58) Siehe oben S. 68 ff.

wahrzunehmen. Wenn sie sich überhaupt insoweit Vorstellungen machen, dann allenfalls die, daß die Sparkasse ihnen gegenüber zur Rückvergütung der ausgezahlten Beträge verpflichtet ist. Das reicht wegen des Interessengegensatzes freilich nicht, den Betreffenden zu dem Lager der geschädigten Bank zu rechnen [59].

Im Ergebnis ist also der Schecknehmer nicht Repräsentant des scheckkartenausstellenden Kreditinstituts. Der Sachverhalt entspricht nicht dem Gedanken der Opferschädigung. Der Täter ist m.E. gem. § 266 wegen Untreue [60] zu bestrafen [61].

Durch [62] Bekanntmachung vom 22. 1. 1909 hatte der Polizeipräsident (B) von Berlin bestimmt, daß von diesem Tage ab neue Erlaubnisscheine für Kraftdroschken mit Verbrennungsmotoren innerhalb des Polizeibezirks Berlin nicht mehr ausgegeben wurden. Es wurde jedoch in einzelnen Fällen zugunsten derjenigen Personen eine Ausnahme gemacht, die durch einen vor dieser Sperre abgeschlossenen Liefervertrag zur Abnahme von Kraftdroschken verpflichtet waren. Dem A wurde eine solche Genehmigung erteilt, weil er einen - fälschlich vor den Stichtag datierten - Kaufvertrag vorgelegt hatte. Ist das Vermögen der übrigen Motordroschkenbesitzer (C) Berlins dadurch beschädigt, daß ihnen der von dem A auf Grund der Genehmigung gemachte Verdienst entgangen ist?

Die Annahme eines Dreiecksbetrugs würde voraussetzen, daß B als Repräsentant der anderen Droschkenbesitzer angesehen werden kann. Es läßt sich nicht leugnen, daß deren Einnahmen durch die von B vorgenommene Zulassung des A gemindert werden. Dies kann allerdings lediglich als Reflex der Handlung des Polizeipräsidenten bewertet werden, ohne daß darin eine objektive Ermächtigung zur Verfügung über das fremde Vermögen gesehen werden kann. Ebensowenig läßt sich in subjektiver Hinsicht B dem

---

59) A.A. SEEBODE, JR 1973, 117 (119).

60) So auch OLG Hamm, NJW 1972, 298 m.w.N.; GROSS, NJW 1973, 600 (603); SCHRÖDER, JZ 1972, 707 ff.

61) Die Schaffung eines neuen Straftatbestands - siehe GÖSSEL, MDR 1973, 177 (179) - ist dann nicht erforderlich.

62) Nachgebildet RG 47, 151, siehe oben S. 14.

Lager der anderen Droschkenbesitzer zuordnen. Mangels einer Repräsentantenstellung des B entfällt daher - ähnlich wie in dem Ausschreibungs-Fall [63] - ein Dreiecksbetrug. Somit kann dahinstehen, ob der Betrugstatbestand auch noch aus anderen Gesichtspunkten - etwa wegen fehlenden Kausalzusammenhangs zwischen Verfügung und Schaden [64] oder wegen bewußter Selbstschädigung [65] - zu verneinen wäre.

A hat seine Forderung gegen B an C abgetreten. Danach verlangt er mit Erfolg vom unwissenden B eine Zahlung auf die Forderung. A verbraucht das Geld plangemäß für sich.

Zivilrechtlich muß C als Neugläubiger gemäß § 407 BGB die Leistung des B an A gegen sich gelten lassen. Allerdings wirkt § 407 BGB im Verhältnis zu C nicht absolut, sondern begründet nur die Wahlmöglichkeit für B, sich gegenüber C auf die Leistung an A zu berufen [66]; B könnte auch gegenüber A kondizieren und gegenüber C mit einer eigenen Forderung aufrechnen, wenn C z.B. in Konkurs gefallen ist. Es erscheint daher fraglich, ob B schon - solange er noch diese Wahlmöglichkeit hat - über das fremde Vermögen verfügt hat. Letztlich kommt es aber darauf nicht an, weil B nicht als Repräsentant des C angesehen werden kann. Insofern stimmt dieser Sachverhalt mit dem Fall des gutgläubigen Erwerbs einer Sache [67] überein:

In § 407 BGB und § 932 BGB hat der Gesetzgeber den Konflikt zwischen dem Neugläubiger bzw. Alteigentümer und dem Schuldner bzw. Erwerber auf Grund einer Wertentscheidung zugunsten der letzteren entschieden. Gerade der auf diese Weise geregelte Interessengegensatz macht deutlich, daß die zuletzt Genannten

---

63) Siehe oben S. 84 ff.

64) So die Begründung des RG 47, 151 (153 f.).

65) Siehe LENCKNER, NJW 1971, 599 (600) und CRAMER, JZ 1971, 415.

66) H.M., für andere PALANDT-HEINRICHS, § 407 Anm. 1; ERMAN-H.P. WESTERMANN, § 407, Rdnr. 2.

67) Siehe oben S. 98 f.

nicht dem Lager des Neugläubigers bzw. Alteigentümers zuzuordnen sind. Es erscheint lebensfremd, wollte man annehmen, der Getäuschte sei von dem Berechtigten ermächtigt worden, dessen Recht (Eigentum bzw. Forderung) zum Erlöschen zu bringen.

Auch in subjektiver Hinsicht läßt sich eine Repräsentantenstellung nicht begründen. Eben weil der Getäuschte gutgläubig ist, also keine Kenntnis von dem Berechtigten besitzt, wird er durch die angegebenen Vorschriften geschützt. Eine Repräsentantenstellung des Getäuschten liegt daher nicht vor [68) 69)].

SCHRÖDER dagegen behandelt die beiden Sachverhalte nicht gleich, indem er anders als beim gutgläubigen Erwerb im Fall des § 407 BGB - bei Befreiung des Schuldners - einen Betrug annimmt [70)]. Eine Erklärung dieses Widerspruchs wird nicht gegeben. Das ist um so erstaunlicher, als SCHRÖDER doch ansonsten verlangt [71)], daß die - ihr Vorliegen einmal unterstellt - rechtliche oder tatsächliche Beziehung zeitlich vor der Verfügung gegeben sein muß, woran es aber im Fall des § 407 BGB fehlt. Von Bedeutung könnte für SCHRÖDER gewesen sein, daß die Verneinung des Betrugstatbestands im Forderungsfall zur Straflosigkeit des Täters führen kann, während der Veräußerer einer Sache an einem Gutgläubigen sich jedenfalls nach § 246 straf-

---

68) Im Ergebnis ebenso HEGLER, Archiv IX, S. 377.

69) Das gilt ebenso für den gleich liegenden Fall, daß A ein Blankowechselakzept des C, welches A abredewidrig zu hoch ausgefüllt hat, an den gutgläubigen B gibt. Entgegen RG 64, 226 (228) u. RG 51, 166 muß mangels eines Repräsentantenverhältnisses ein Betrug des A zu Lasten des C ("S.") durch Täuschung des B ("M.") verneint werden.

70) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a;
Im Ergebnis ebenso: RG 39, 80; NEBELUNG, Diss. S. 77, der im übrigen HEGLER mit dem Hinweis "VDB VII, S. 376" falsch zitiert.

71) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdnr. 46 a; siehe auch SCHRÖDER, JZ 1972, 707 (709).

bar macht. Indes sollten kriminalpolitische Überlegungen nicht dazu führen, in dogmatischer Hinsicht den Betrugstatbestand zu verwässern.

3. Tauglichkeit des Lösungsvorschlags

Die Anwendung des Lösungsvorschlags auf die vorliegenden Fälle hat m.E. gezeigt, daß brauchbare Ergebnisse erzielt werden. Sein Nachteil liegt in einer gewissen Kompliziertheit, die sich aber wegen der zugrunde liegenden vielschichtigen Abgrenzungsproblematik wohl nicht vermeiden läßt. Sein Vorteil besteht zum einen in der größeren dogmatischen Sauberkeit, zum anderen in der Einbeziehung sowohl des Sach- wie des Nicht-Sachbetrugs. Allerdings muß eingeräumt werden, und darin liegt allgemein die Gefahr bei fallbezogenen Lösungsvorschlägen, daß möglicherweise einzelne Fallgruppen übersehen worden sind. Diese wären dann noch dem Lösungsvorschlag hinzuzufügen, wobei zu hoffen ist, daß die vorliegende Arbeit insoweit den Weg weisen kann.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Thema der Arbeit erlangt insbesondere Bedeutung für die Abgrenzung von Dreiecksbetrug und Diebstahl in mittelbarer Täterschaft. Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Handlung eines getäuschten Vermögensfremden i.S. des Betrugstatbestands als Vermögensverfügung zu Lasten des Vermögensinhabers (= Geschädigten) angesehen werden kann.

Ausgangspunkt ist die Betrugstypik: Betrug ist im Gegensatz zu dem Diebstahl und der Unterschlagung ein Delikt der Selbstschädigung im Sinne einer Opferschädigung. Ist der Getäuschte gleichzeitig auch der Geschädigte (Identitätsbetrug), so kommt seiner Vermögensverfügung notwendig Selbstschädigungscharakter zu. Dies gilt im Falle der Personenverschiedenheit nicht, denn

der getäuschte Vermögensfremde kann als Werkzeug des Täters "wegnehmen" (Fremdschädigung) oder er kann auf der Seite des Geschädigten "verfügen". Die Annahme eines Dreiecksbetrugs setzt also die besondere Feststellung voraus, daß die Handlung des Dritten dem Gedanken der Opferschädigung genügt. Das ist der Fall, wenn im Hinblick auf die Verfügung der Getäuschte auf der Seite des Geschädigten, in dessen "Lager" steht; der Getäuschte muß der R e p r ä s e n t a n t [72] des Geschädigten sein.

Die Repräsentantenstellung kann aus einem objektiven und einem subjektiven Kriterium hergeleitet werden. Das objektive Zuordnungsmerkmal ist erfüllt, wenn der geschädigte Vermögensinhaber den Getäuschten rechtlich oder tatsächlich ermächtigt, mit Wirkung für ihn, den Geschädigten, zu handeln. Handelt der Verfügende mit dem von der Täuschung insoweit unbeeinflußten Willen, für den Geschädigten tätig zu werden und dessen Interessen wahrzunehmen, so ist das subjektive Zuordnungsmerkmal gegeben.

Liegen beide Zuordnungsmerkmale vor - wie z.B. im Normalfall der rechtsgeschäftlichen Vertretung -, so kommt es auf deren Verhältnis zueinander nicht an. Allerdings fällt dem objektiven Zuordnungsmerkmal insofern eine dominierende Rolle zu, als der Wille des Getäuschten, gegen die Interessen des Geschädigten zu handeln, die Repräsentantenstellung nicht beseitigen kann [73]. Wenn aber eine Zuordnung wegen Fehlens des objektiven Merkmals nicht möglich ist, kann lediglich das subjektive Zuordnungsmerkmal eine größere Nähe zu dem Geschädigten und damit eine Repräsentantenstellung des Getäuschten herbeiführen.

---

72) Siehe oben S. 59 f.

73) Siehe oben S. 78.

LEBENSLAUF

Am 29. 8. 1942 wurde ich als zweites Kind des Textilkaufmanns Milo Hartmann und seiner Ehefrau Anneliese geb. Hanneck in Großenhain/Sachsen geboren.

1948 floh meine Familie nach Göttingen. Nach dem Besuch der Volksschule in Göttingen und Recklinghausen sowie des Hittorf-Gymnasiums in Recklinghausen legte ich zu Ostern 1963 die Reifeprüfung ab. Schon vorher war mein Vater verstorben.

Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Berlin und Münster bestand ich im Februar 1968 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste und im November 1972 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die zweite juristische Staatsprüfung. Im Jahre 1970 war ich zu wissenschaftlichen Zwecken beurlaubt.

Seit Oktober 1968 bin ich bei der Ruhr-Universität Bochum am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht von Herrn Professor Dr. E. Bökelmann tätig, und zwar zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft und seit November 1972 als Wissenschaftlicher Assistent (m.d.V.b.).